Der eintretende Ersatzwert bei der Eigentumsklage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Herbert Wenzel
Gerichtsreferendar aus Berlin.

Marburg 1930.
Druck: Otto Böttcher, Buchdruckerei, Jüterbog.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 22. Juni 1930
Berichterstatter: Professor Dr. Jung

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhalt.

I. Teil.

1. Abschnitt. Seite

Einleitung und Problemstellung 9

2. Abschnitt.

Darstellung und Kritik der Literatur und Rechtsprechung.

I. Die Ergänzung des § 985 durch § 281 ist möglich. 12

II. Die Ergänzung des § 985 durch § 281 ist abzulehnen. 21

III. Zusammenfassung. 27

II. Teil.

1. Abschnitt.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auf das Sachenrecht im allgemeinen. 28

2. Abschnitt.

Der § 281 33

3. Abschnitt.

Der Herausgabeanspruch des Eigentümers 41

I Das Eigentumsrecht. Geschichte. 42

II. Das geltende Recht. 45

III. Der Eigentumsanspruch. 49

4. Abschnitt.

Die Lösung. 51

Schrifttum.

Affolter: System des dtsch. bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903.

Bunsen: Der Schutz des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuche, 1905, in Bernhöft und Binders Beiträgen, 6. Heft.

Crome: System des dtsch. Bürgerl. Rechts. Bd. II, 1902.

Dernburg: Preußisches Privatrecht, 1884.
Pandekten, 1903.

Dölle: Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, in: Reichsgerichtspraxis im dtsch. Rechtsleben. Festgabe der Jurist. Fak. zum 50jährigen Bestehen des R. G., Band III S. 22 ff.

Eckstein: Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände 1912, Arch. bürgerl. R. Bd. 37, S. 390 ff.

Endemann: Lehrb. des Bürgerl. Rechts Bd. II, 1905.

Enneccerus: Lehrb. des Bürgerl. Rechts. Allg. T 1928, Schuldverh 1927

Fischer: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, 1912, in Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß d. dtsch. R. Bd. 23.

Flach: Die Anwendung der §§ 281 und 293 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB Diss. Frankfurt 1928.

Fuchs: Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917.

von Gierke: Deutsches Privatrecht, Sachenrecht, 1905

Haymann: Zuwendung aus fremdem Vermögen, Iher. Jahrb. Bd. 41 (77), S. 188 ff.

Hedemann: Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1924
Die Umwandlung des Eigentumsbegriffs, in: Recht und Wirtschaft, XI S 585.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, in Abh. z. Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 5.

Hölder: Anspruch und Klagrecht, Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß Bd. 29.
Kommentar zum Allg. Teil, 1900.

v. Ihering: Geist des römischen Rechtes, 1877.

Kisch: Besprechung von Titze, Unmöglichkeit in Krit Viertelj. f Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 44.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerl. Gesetzbuch f. d. dtsch. Reich, 1900, in Abh. für Privatrecht und Zivilprozeß, Band 7, 1, S. 114 ff

Korsch: Der Anspruch auf das Surrogat (Ersatzanspruch), namentlich mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse, 1916 Arch. Ziv. Pr. Bd. 114, S. 1 ff.

Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 1911

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dtsch. Bürgerl. R., 1903.

Lesser: Inhalt der Leistungspflicht, 1909.

Manigk: Art. „Schuldverhältnis" im Handwörterb. d. Rechtswissenschaft.

Oertmann: Schuldverhältnisse 1928.
Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, 1915, Arch. Ziv. Pr. Bd. 113, S. 51 ff
Dinglichkeit und persönliche Herausgabeansprüche. Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 44 ff
Art. „Schuld" im Handwörterb. d. Rechtswissenschaft.

Planck-Siber: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldverh. 1914.

Planck-Brodmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 1920

Plath: Die Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985 ff. BGB.) durch Anwendung schuldrechtl. Bestimmungen, Diss. Jena 1928.

Römer: Ist § 281 BGB. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? Arch. Z. Pr. 119. B.

Reichsgerichtsräte-Kom.: Schuldverhältnisse und Sachenrecht, 1928.

Rümelin: Obligation und Haftung, Arch. Ziv. Pr. Bd. 68, S. 186 ff

Schulz, Fritz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, Arch. Ziv. Pr. Bd. 105 S. 1 ff.

Seefried: Der § 281, Diss. Erlangen 1905.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903.

Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB., 1905.

Stälin: Ueber die dinglichen Ansprüche des BGB. hinsichtlich der Anwendbarkeit des Allg. Teils des Rechtes der Schuldverhältnisse auf dieselben. Diss. Tübingen 1902.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren

Staudinger-Kuhlenbeck: Recht der Schuldverhältnisse. 1912.

Staudinger-Kober: Sachenrecht, 1926

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerl. Recht, 1900. Besprechung von Kisch, Unmöglichkeit, in Krit. Viertelj. Bd. 45 S. 380 ff.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878

Trautmann: Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Leipzig 1906

von Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechtes, 1910.

Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Arch. Ziv Pr. Bd. 100, S. 11 ff.

Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts, 1856.

Windscheid-Kipp: Pandekten, 1906.

Wolff, Martin: Sachenrecht 1927.

Abkürzungen: Die angeführten §§ sind solche des BGB.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0019

I. Teil.

1. Abschnitt.

Einleitung und Problemstellung.

Die vorliegende Arbeit behandelt eine Einzelfrage aus dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse und dem des Sachenrechts. Zur Erörterung steht das Problem der Anwendbarkeit der schuldrechtlichen Bestimmung des § 281 auf die dem Sachenrecht angehörenden Vorschriften der §§ 985 ff. Es handelt sich somit um ein Teilproblem des großen Fragenkomplexes, der einen Zusammenhang der Grundgedanken des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem Sachenrecht aufdecken und eine Anwendung der Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Vorschriften rechtfertigen will. Systematisch trennt das Gesetz scharf das Recht der Schuldverhältnisse von dem Sachenrecht. Ob trotzdem eine gegenseitige Durchdringung beider Gebiete allgemein zu befürworten und zu erstreben oder ob sie von vornherein abzulehnen ist, ist auch heute noch sehr umstritten. Es soll versucht werden, einen Beitrag zur Lösung dieses Problems durch genaue Untersuchung und Beantwortung einer Einzelfrage aus dem ganzen Gebiet zu liefern, zu der ein Tatbestand, der den Gerichten mehrfach zur Entscheidung vorgelegen hat, Anlaß gegeben hat. „Schwierige Rechtsprobleme können einleuchtend nur am einzelnen Fall entwickelt werden. Mit der abstrakten Fassung schießt man zu leicht über das Ziel hinaus. Toute généralisation est un mensonge." *)

Die §§ 985 ff. handeln von dem Rechtsverhältnis des Eigentümers einer Sache zu deren Besitzer. Das Gesetz gibt eine ausdrückliche Regelung des Herausgabeanspruchs, den der Eigentümer gegen den Besitzer hinsichtlich seiner Sache hat. Es regelt auch fernerhin eingehend das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem — sei es gutgläubigen, sei es bösgläubigen — Besitzer hinsichtlich der Nebenansprüche des Eigentümers. Es fehlt auch nicht an Bestimmungen über die Ansprüche des Besitzers.

Wie nun in dem Fall, daß der Besitzer die Sache veräußert und einen Ersatz oder Ersatzanspruch dafür bekommen hat. Kann der Eigentümer Herausgabe eben dieses Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen? Umfänglicher erörtert ist diese Frage zum ersten Mal in einem Tatbestand worden, der dem Reichsgericht im 105. Band Seite 84 ff. zur Entscheidung vorgelegen hat. Um den Sachverhalt zu veranschaulichen, sei dieser Tatbestand im Auszug wiedergegeben:

---

*) Ein Wort Regelsbergers, das Otto Fischer in der Einleitung zu seiner „Unmöglichkeit", Abh. f. Pr. u. ZP. Band 23, wiedergibt

„Im Mai 1919 sind bei dem Kläger, der eine Schuhfabrik betreibt, durch den Sohn des Hausmeisters und drei andere junge Leute zwei Einbrüche verübt worden, wobei Leder im Gesamtwerte von 45 000 Mark gestohlen wurde. Die Diebe haben ihre Beute an den in erster Instanz mitverklagt gewesenen Wirt Adam S. in F. verkauft. Dieser hat es an den Beklagten B., dieser an den Beklagten K., dieser an den Beklagten D. weiter veräußert. Der Beklagte D. hat die Ware teils an Handwerker in F., teils angeblich an auswärtige Käufer abgesetzt. Unstreitig hat der Kläger mit Hilfe der Polizei nur Leder im Werte von 1 000 Mark zurückerhalten, das übrige gestohlene Leder war und ist nicht mehr zu erlangen. . .

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger den S., B., K. und D. auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens, hilfsweise auf Herausgabe des Gewinns in Anspruch genommen, den die letztgenannten drei Beklagten durch die Veräußerung des Leders jeweils erzielt haben. . .

Der erste Richter hat den Beklagten S. zur Zahlung von 44 000 Mark nebst Zinsen verurteilt. Gegenüber den drei weiteren Beklagten ist der Kläger abgewiesen worden. Hiergegen hat der Kläger die Berufung eingelegt unter Beschränkung auf seinen Hilfsantrag, womit nur die „Gewinn"-Beträge verlangt werden. Auch in dieser Beschränkung hat das Berufungsgericht die Klage gegenüber den drei verbliebenen Beklagten abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg."

Mit dem auf Wiedererlangung der Sache gerichteten Eigentumsherausgabeanspruch erreicht der Eigentümer im vorliegenden Fall nichts, da die Sache von den Käufern inzwischen weiter veräußert worden und nicht wieder zu erlangen ist. Aehnlich liegt der Fall, wenn die Nachmänner nicht mehr aufzufinden sind, an die der Besitzer die Sache veräußert hat. Der bösgläubige Besitzer haftet allerdings von vornherein nach den Vorschriften der §§ 987 ff., da eine Veräußerung der Sache durch ihn immer ein Verschulden enthalten wird. Gegen den gutgläubigen Besitzer ist aber vor Rechtshängigkeit kein derartiger Anspruch gegeben. Im Fall des wirksamen Erwerbs durch den Nachmann des Veräußerers hilft das Reichsgericht allerdings durch Anwendung der Vorschrift des § 816. Ob diese Auffassung des Reichsgerichts sich rechtfertigen läßt, ist aber sehr zweifelhaft. Von Bedeutung wird die Frage der Anwendung des § 281 auf die Eigentumsklage, wenn die Veräußerung des Besitzers der Sache an deren Erwerber nicht wirksam zustande gekommen ist, weil die Sache abhanden gekommen ist oder der Erwerber sich im bösen Glauben befand. Denn die Vorschrift des § 816 setzt eine wirksame Verfügung des Nichtberechtigten voraus. Diesen Fall betrifft ja auch die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts.

Eine Möglichkeit, dem Eigentümer wenigstens den Ersatz zukommen zu lassen, wäre nämlich gegeben, wenn sich die Anwendung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers rechtfertigen ließe. Denn die Vorschrift des § 281 bestimmt, daß der Gläubiger

von dem Schuldner Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen kann, eben das, was dieser durch Veräußerung der Sache empfangen hat. Das Schrifttum hat dieser Frage bisher wenig Beachtung geschenkt. Die größeren Kommentare und Lehrbücher weisen nur eine kurze Stellungnahme auf ohne eingehendere Begründung, soweit sie sich mit der Frage überhaupt befassen. Staudinger, Siber und Wolff bejahen die Anwendung, Oertmann und der Reichsgerichtsräte-Kommentar lehnen sie ab (s. u.). In der Praxis ist das Problem dagegen von großer Bedeutung gewesen, wie die Urteile bezeugen, die sich mit ihm befaßt haben. Das Reichsgericht hat sich noch zu keiner endgültigen Stellungnahme durchgerungen. Der 6. Zivilsenat im 105. Band hat die Anwendung des § 281 auf die §§ 985 ff. gestattet, während der vierte Zivilsenat im 115. Band sich ablehnend verhält. Das Hamburgische Oberlandesgericht*) hat sich dagegen in 3 Entscheidungen einheitlich auf den Standpunkt gestellt, daß sich eine Ergänzung der §§ 985 ff. durch die Vorschrift des § 281 nicht rechtfertigen lasse.

Im folgenden soll zunächst eine Uebersicht über das Schrifttum und die Rechtsprechung gegeben werden. Bei der eigenen Stellungnahme wird man sich darüber klar werden müssen, ob die Schuldrechtsnormen überhaupt die Möglichkeit einer Anwendung auf sachenrechtliche Verhältnisse bieten oder ob eine derartige Ergänzung durch grundsätzliche Erwägungen ausgeschlossen wird. Sodann können die beiden hier zur Erörterung gestellten Vorschriften einander gegenüber gestellt, auf ihr Wesen und ihre Eigenschaften und die Möglichkeit, sie aufeinander zu erstrecken, untersucht werden.

Ob der Eigentümer den eintretenden Ersatzwert auf Grund des § 816 in Verbindung mit § 185 fordern kann, gehört nicht streng zum Thema der vorliegenden Arbeit, da die Arbeit als Beitrag zur Lehre der Anwendung von Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse gedacht ist. Ob eine Lösung mit Hilfe der §§ 816 und 185 möglich ist, kann daher unerörtert bleiben.

*) J. W. 1926, Seite 1244 (6 J. S.); J W. 1926, Seite 2775 (5. J. S.) L. J. 1925, Seite 609 (2. J. S.)

2. Abschnitt.

Darstellung und Kritik der Literatur und Rechtsprechung.

I.

Verschiedene Schriftsteller bejahen die Anwendbarkeit des § 281 auf die §§ 985 ff., ohne überhaupt eine oder wenigstens eine nähere Begründung zu geben. So schreibt Siber *): „Der Herausgabepflichtige, der den Besitz vor Eintritt seiner Verantwortlichkeit verloren hat, braucht nur den dafür erlangten Ersatz herauszugeben (§ 281).“ Er erwähnt diesen Satz im Zusammenhang mit der Frage, ob allgemein die Schuldrechtsnormen auf dingliche Ansprüche angewandt werden können. Eine solche Anwendung hält Siber für zulässig, da der dingliche Anspruch vom schuldrechtlichen nur im Ursprung verschieden, ihm sonst aber gleichgeartet und deshalb gleich zu behandeln sei. Die Anwendung des § 281 auf den § 985 folgert er aus diesem allgemeinen Satze, ohne auf die Eigenart der fraglichen Ansprüche im einzelnen einzugehen. Sibers Vorgehen verdient in dieser Beziehung keine Anerkennung, da auch bei Befürwortung der allgemeinen Anwendung von Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse immer die einzelnen Ansprüche daraufhin zu untersuchen sind, ob sie in ihrer Eigenart und im Kern ihres Wesens zu einander passen. Selbst wenn man dingliche und obligatorische Ansprüche im Ergebnis für gleichgeartet hält, können doch in der Natur der einzelnen Ansprüche derartige Gegensätze bestehen, daß wenigstens eine Prüfung der Zulässigkeit der unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung aufeinander erforderlich ist.

Auch Stälin **) will den § 281 auf die Eigentumsklage angewandt wissen, da es die technisch einfachste Durchführung des Windscheidschen Satzes sei: „Der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ist in dem Anspruch auf Herausgabe der Sache als das geringere enthalten.“ Eine nähere Begründung bleibt auch er schuldig. Bemerkenswert ist, wie aus den beiden erwähnten Ansichten hervorgeht, daß der Gedanke an eine Ergänzung des Eigentumsanspruchs durch den § 281 nicht erst heute seit der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung aufgetaucht ist.

Auch Levy ***) glaubt, daß der Eigentümer, statt die Herausgabe der Sache zu verlangen, einen Ersatzanspruch gegen den Besitzer geltend machen könne. Levy kann sich allerdings nicht mit Wärme für die Anwendung des § 281 einsetzen. Er meint, daß der Weg, dem Eigentümer den Ersatz zu verschaffen, mit Hilfe der Vorschrift des

*) Rechtszwang Seite 115.

**) Ueber die dinglichen Ansprüche des BGB. usw.

***) Levy J. W. 1923, Seite 684.

§ 816 eleganter und sicherer sei. Die Nutzbarmachung des § 281 gelinge nur auf Umwegen. Seine Erstreckung auf den „Vindikationsschuldner" sei aber ein zulässiger Notbehelf.

Staudinger *) befürwortet eine Anwendung des § 281, da der Eigentumsherausgabeanspruch zugleich als Ausfluß eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses gedacht sei. Dieser Gedanke spielt auch in der Entscheidung des Reichsgerichts im 105. Band Seite 81 ff. wieder. Auf diese Entscheidung soll zunächst eingegangen werden, da hauptsächlich durch sie die Erörterung dieser Fragen in der Literatur hervorgerufen worden ist.

Das Reichsgericht weist in seiner Entscheidung darauf hin, daß in den §§ 985 ff. zwischen dinglichen Herausgabeansprüchen und schuldrechtlichen Erstattungsansprüchen zu unterscheiden sei. Es führt weiter aus, daß auch bei den rein dinglichen Herausgabeansprüchen ein Schuldverhältnis im Sinne des zweiten Buchs des bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen könne. Deshalb bestehe auch kein durchgreifendes Bedenken dagegen, die Vorschrift des § 281 auf den dem Sachenrecht angehörenden Eigentumsherausgabeanspruch anzuwenden, da auch bei diesem ein wahres Schuldverhältnis vorliege. Grundsätzlich könnten die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auf den dinglichen Anspruch — sei es unmittelbar, sei es entsprechend — Anwendung finden, wie durch die Vorschrift des § 990 Abs. 2 bestätigt werde, soweit sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruchs und den mit Rücksicht hierauf gegebenen besonderen Vorschriften eine Abweichung ergebe. Der Anspruch auf Herausgabe könne zwar nach dem Ursprung verschieden sein (z. B. Eigentum-Miete). Inhaltlich bleibe er aber auf dieselbe Leistung gerichtet. „Es ist kein zwingender Grund erkennbar, warum die Regelung des § 281 nur für einen auf Vertrag gegründeten Herausgabeanspruch oder Leistungsanspruch zutreffen sollte, nicht aber auf das Verlangen des Eigentümers als solchen, dem die Sache nicht mehr herausgegeben werden kann."

Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung ferner dem schon öfter geäußerten Gedanken zum Erfolg verholfen, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer in den §§ 985 ff. nicht erschöpfend geregelt sei. Da aber aus dem Absatz 2 des § 281 hervorgehe, daß der Ersatzanspruch des § 281 nicht als Schadensersatzanspruch aufzufassen sei, könne dem Eigentümer der Anspruch auf diesen Ersatz auch gegen den gutgläubigen Besitzer wohl zugebilligt werden, wenngleich das Gesetz diesen vor Schadensersatzansprüchen bewahren wolle.

Daß einer Ergänzung der Eigentumsklage durch den § 281 nichts im Wege stehe, mag nach der Begründung des Reichsgerichts auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen. Daß im Falle des § 985 zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein Schuldverhältnis der in den §§ 241 bis 432 bestimmten Art bestehe, kann aber dem Reichsgericht wie auch Staudinger nicht beigepflichtet werden, wenn es auch einer modernen Tendenz mehr entsprechen mag, auch bei dem

*) Staudinger II d vor § 985, II f zu § 985.

Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von „Gläubiger" und „Schuldner" im technisch bestimmten Sinn zu sprechen.

Das Reichsgericht verkennt u. E. besonders die Bedeutung des § 990 Abs. 2. Nach dieser Bestimmung soll eine weitergehende Haftung des unredlichen Besitzers wegen Verzuges unberührt bleiben. Der erste Entwurf *) wollte dieser erweiterten Haftung ohne Unterschied sowohl den gutgläubigen als auch den schlechtgläubigen Besitzer unterwerfen. Der Entwurf wollte somit dem gutgläubigen Besitzer eine Prüfungspflicht auferlegen, ob der von dem Kläger geltend gemachte Eigentumsanspruch begründet sei. Die zweite Kommission hat diese Bestimmung, und zwar mit Recht, auf den bösgläubigen Besitzer beschränkt. **) Die Protokolle erwägen hierzu: die Regelung der Motive werde der Bedeutung des redlichen Besitzes nicht gerecht. Der redliche Besitzer würde hiernach auf die Mahnung durch den Eigentümer hin schon dann haften, wenn er infolge leichten Verschuldens in dem Irrtum verharre, zum Besitz berechtigt zu sein. Das widerspreche den Grundgedanken des Gesetzes, aus denen heraus der redliche Besitzer von der Haftung befreit sei.

Das Reichsgericht hat dementsprechend besonders hervorgehoben ***), daß der redliche Besitzer selbst nach Zustellung der Klage für den durch Vorenthaltung der Sache entstandenen Schaden nicht hafte. Aber selbst in dieser Beschränkung scheint uns die Fassung des § 990 Abs. 2 zu weitgehend zu sein. Eine Anwendung ist vielmehr nur dann möglich, wenn gleichzeitig neben dem dinglichen Herausgabeanspruch ein schuldrechtlich begründeter Rückgabeanspruch i. S. des § 43 K. O. gegeben ist, der ein Aussonderungsrecht gewährt. Hierher gehören die Rückgabeansprüche des Vermieters, Verleihers und Hinterlegers, nicht aber die obligatorischen Ansprüche auf Leistung oder Verschaffung einer Sache. Diese obligatorischen Ansprüche sind reine Verschaffungsansprüche, bei denen ein Gegenstand aus einem Vermögen in ein fremdes überführt wird. Die Folgerung des Reichsgerichts im vorliegenden Fall ist daher abzulehnen.

Außerdem weist das Reichsgericht selbst daraufhin, daß die besondere Natur der einzelnen Ansprüche gegebenenfalls die Anwendung ausschließen könne. Trotzdem findet sich in der vorliegenden Entscheidung nirgends ein näheres Eingehen auf diesen Punkt. Aus der allgemeinen Feststellung, daß das Sachenrecht durch Bestimmungen des zweiten Buchs ergänzt werden könne, schließt das Reichsgericht auf den einzelnen Fall, ohne dessen Besonderheiten zu berücksichtigen.

Abgesehen davon kann dem Reichsgericht auch darin nicht beigestimmt werden, daß die dinglichen und obligatorischen Herausgabeansprüche nur im Ursprunge verschieden, im übrigen aber identisch seien. Der dingliche Herausgabeanspruch unterscheidet sich vom schuldrechtlichen Anspruch vielmehr in allen Beziehungen. Gleichartig ist er nicht nur nicht im Ursprung, sondern auch nicht in der Dauer und

*) Mot. III S. 408/9.
**) Prot. III S. 344, 348.
***) RG. Bd. 22 S. 274

dem Zwecke. Denn der dingliche Anspruch richtet sich nur auf Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes. Sowohl die Aktiv- als auch die Passivlegitimation haben bei ihm eine besondere Regelung erfahren. Daß beide Ansprüche inhaltlich gleich sein, nämlich auf Herausgabe einer Sache gerichtet sein können (Miete-Eigentum), ist zuzugeben. Das ist aber nur ein äußerlicher Umstand, der den anderen Gründen gegenüber nicht ins Gewicht fallen kann. Eine nähere Begründung für diese Ansicht muß hier aber versagt bleiben, da darauf später eingehend eingegangen werden wird.

Mit dem letzten Argument, das das Reichsgericht vorbringt, will auch Martin Wolff *) die Erstreckungsmöglichkeit des § 281 auf die Eigentumsklage begründen: Der redliche unverklagte Besitzer solle zwar nach dem Sinne des Gesetzes auf die Sache einwirken können, ohne Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu sein. Denn da er sich selbst für den Eigentümer halte, könne ihm eine Verletzung der Sache nicht zugerechnet werden. Hierin liege vielmehr nur ein Verschulden des Besitzers gegen sich selbst („quasi rem suam neglexit"). Anwendbar blieben aber alle nicht auf Schadensersatz gerichteten Ansprüche wie der Anspruch auf Herausgabe des Ersatzwertes nach § 281. Diese Ansprüche seien durch die besonderen Grundsätze der §§ 989 bis 992 nicht ausgeschlossen.

Demgegenüber soll nicht bestritten werden, daß der im § 281 gegebene Anspruch kein Schadensersatzanspruch ist, der nur eine besondere Einkleidung erfahren hat. Die scharfe Trennung und verschiedenartige Behandlung des Schadensersatzanspruchs und des Anspruchs auf Ersatzherausgabe, wie Wolff sie vornimmt, ist u. E. aber nicht gerechtfertigt. Die Sonderregelung des Verhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer in den §§ 987 ff. schließt allerdings ausdrücklich nur die reinen Schadensersatzansprüche gegen den redlichen Besitzer außer denen aus, die auf Vertrag beruhen. Nun ist aber der § 281 nach dem System des Gesetzes nur als eine Ergänzung der in den §§ 275 ff. geregelten Vorschriften gedacht, die eine sich für den Gläubiger im Fall vom Schuldner nicht zu vertretender Unmöglichkeit ergebende Benachteiligung ausgleichen soll. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten, wäre der Gläubiger beim Fehlen einer dem § 281 entsprechenden Vorschrift benachteiligt. Der Gesetzgeber hielt es nicht für gerechtfertigt, den Schaden in diesem Fall allein dem Gläubiger aufzubürden, während er bei vertretbarer Unmöglichkeit durch den ihm gewährten Schadensersatzanspruch geschützt ist. Da die Vorschrift des § 281 somit nur im Zusammenhang mit den §§ 275 ff. zu verstehen ist, ist nicht einzusehen, weshalb sie in diesem Fall eine andere Behandlung als die sonst dem Gläubiger gegebenen Ansprüche erfahren soll. Außerdem erwähnt Wolff auch mit keinem Wort, wie er den § 281 begrifflich mit § 985 in Einklang bringen will. Daß § 985 ein reines Schuldverhältnis darstelle, nimmt er selbst nicht an**).

*) Sachenrecht § 84 II.
**) Sachenrecht § 84 IV.

Eine eingehendere Beachtung schenkt Werner *) dem Problem. Werner hält die Ergänzung der §§ 985 ff. durch den § 281 grundsätzlich sehr wohl für möglich, da die besondere Natur des dinglichen Anspruchs einer Anwendung keineswegs entgegenstehe. Werner geht davon aus, daß auf Grund des § 281 auch die Herausgabe von Gegenwerten verlangt werden könne, die der Schuldner durch entgeltliche Veräußerung der Sache erlangt hat. In dem Tatbestand, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlag, will allerdings auch Werner den § 281 nicht auf den Eigentumsanspruch erstrecken. Er wirft dem Reichsgericht (allerdings in Besprechung seiner Entscheidung im 115. Band S. 31 ff., in der das Reichsgericht zu der entgegengesetzten Auffassung wie in der vorerwähnten Entscheidung kommt) aber vor, daß es die Frage, ob der Eigentümer von dem Nichteigentümer, der die Sache einmal besessen und dann irgendwie verloren hat, den Ersatz herausfordern dürfe, nicht genügend unterschieden habe von der allgemeinen Frage, ob § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch erstreckt werden könne. Diese beiden Fragen seien aber streng zu scheiden. Daraus, daß § 281 nicht auf den dem Reichsgericht vorgelegenen Tatbestand passe, dürfe nicht gefolgert werden, daß § 281 überhaupt nicht auf die Eigentumsklage angewandt werden könne.

§ 281 setze voraus, daß der Schuldner infolge Unmöglichkeit der Leistung frei werde. Da in dem dem Reichsgericht zur Entscheidung vorliegenden Fall der Beklagte den Besitz verloren habe, sei er nicht infolge Unmöglichkeit der Leistung frei geworden, sondern deshalb, weil mit dem Besitzverlust nicht mehr die Anspruchsvoraussetzungen des § 985 vorlägen. Deshalb könne § 281 in diesem Fall nicht angewandt werden, nicht aber deshalb, weil bei schuldrechtlichen Ansprüchen im Gegensatz zu dinglichen der vermutliche Wille der Parteien auf die Schaffung der Verpflichtung zu einer Ersatzleistung für den Fall der Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung gerichtet gewesen sei (so R. G. Bd. 115 S. 31 ff.).

Weil in dem dem Reichsgericht vorliegenden Falle des Besitzverlustes nicht von einer Unmöglichkeit gesprochen werden könne, die § 281 gerade voraussetze, will Werner die Anwendung des § 281 an solchen Fällen prüfen, in denen dem Besitzer die Herausgabe der Sache im Sinne des Schuldrechts unmöglich geworden ist, die Anspruchsvoraussetzungen des § 985 aber trotzdem vorliegen. Er gibt dafür folgendes Beispiel aus dem Anwendungsgebiet des mittelbaren Besitzes: „Dem A wurde ein Ring gestohlen. B hat ihn von dem Dieb gutgläubig gekauft und dem C geliehen. C ist ins Ausland abgereist und kann von B infolge von Schwierigkeiten, die nach der herrschenden Lehre für B die Unmöglichkeit der Herausgabe begründen, nicht erreicht werden". Da die Grundsätze des 2. Buchs des Rechts der Schuldverhältnisse auf das Sachenrecht und somit § 275 auf § 985 angewandt werden könne, sei B demnach von der Herausgabe der Sache wegen Unmöglichkeit befreit. Der Eigentümer könne aber gegen B nach § 281 vorgehen: B müsse

*) Werner, J. W. 1927, Seite 1141 bis 1143.

ihm seinen Rückgabeanspruch gegen C abtreten. Denn hier seien die Voraussetzungen des § 985, nämlich Besitz des B, gegeben.

Wie Werner will Trautmann *) in dem Fall, daß der verklagte mittelbare Besitzer die Sache nicht herausgeben kann, den Eigentümer auf den Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs verweisen (§ 281). Trautmanns Darstellung läßt aber eine Begründung für seine Ansicht vermissen.

Anzuerkennen ist bei der Darstellung Werners, daß er die Behandlung der Frage von dem engen Tatbestand, der dem Reichsgericht vorlag, losgelöst hat und das Problem von einem allgemeinen Blickpunkt aus betrachtet. Durch das von ihm gewählte Beispiel versucht er dem Problem andere Seiten abzugewinnen. Abgesehen davon scheint uns seine Auffassung aber fehl zu gehen.

Wie Trautmann will Werner in dem von ihm konstruierten Fall dem Eigentümer gegen den — mittelbaren — Besitzer einen Anspruch auf Abtretung des Rückgabeanspruchs gewähren, den dieser gegen den unmittelbaren Besitzer hat. Der Rückgabeanspruch des mittelbaren Besitzers entspringt aus dem Rechtsverhältnis, durch das nach § 868 der unmittelbare Besitzer ihm den Besitz vermittelt. Werner und Trautmann wollen also, anders ausgedrückt, dem Eigentümer einen Anspruch auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes geben. Denn durch Abtretung des Rückgabeanspruchs wird nach § 870 der mittelbare Besitz übertragen. Das ist aber keine „Abtretung des Ersatzanspruchs" nach § 281 in Verbindung mit § 985. Es handelt sich vielmehr um die unmittelbare Geltendmachung der gewöhnlichen Klage des Eigentümers gegen den Besitzer aus § 985. Die Klage geht solchenfalls allerdings nicht auf Uebertragung des unmittelbaren, sondern nur des mittelbaren Besitzes. **)

Daß der Eigentümer mit der Klage aus § 985 auch den mittelbaren Besitzer belangen kann, ist heute durchweg anerkannt. Die Vorschrift des § 941, auf die Wendt ***) und Rohde ****) sich für die gegenteilige Auffassung berufen, besagt nur, daß im allgemeinen allein die Klage gegen den Eigenbesitzer die Ersitzung unterbricht, nicht aber, daß diese Klage überhaupt nicht gegen den mittelbaren Besitzer erhoben werden könne. Der Ansicht Wendts und Rohdes widerspricht auch die Rechtsnatur des mittelbaren Besitzes. Denn der mittelbare Besitz ist wirklicher Besitz, dem unmittelbaren Besitz also gleichzustellen †) Denn obleich der mittelbare Besitzer gegen den Willen des Besitzmittlers keine Einwirkungen auf die Sache vornehmen kann, so ist die Stellung des unmittelbaren Besitzers nur eine vorläufige. Zu beachten ist, daß der Geschäftsherr durch das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis nach § 868 sogar eine gewisse Machtstellung hat, die nach der Verkehrsanschauung als feste tat-

*) Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache, Seite 11.
**) so auch Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, S. 26,
***) Arch. Ziv. Pr., Band 87 Seite 86 ff.
****) Studien zum Besitzrecht XXI S. 8 ff.
†) Herrschende Meinung. Vgl. Gierke D.P.R, § 114, Wolff a. a. O., § 8 III, Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910, S. 136.

sächliche Beziehung zur Sache erscheint und die Meinung nicht aufkommen läßt, es handele sich nur um eine Anwartschaft auf ein künftiges Recht. Wolff nennt es zutreffend ein „vergeistigtes Sachherrschaftsverhältnis" *).

Nun könnte man aber für Werners Ansicht anführen, daß die Klage gegen den mittelbaren Besitzer doch zu keinem Erfolge führe, da dieser die Sache nicht in der Hand habe und nicht in der Lage sei, sie dem Eigentümer zu verschaffen. Demgegenüber wäre zuzugeben, daß für den Eigentümer allerdings im Augenblick kein greifbarer Erfolg derart erzielt wird, daß er die Sache zurückerhält. Es ist zwar bestritten, aber anzunehmen, daß der Eigentümer mit der Klage gegen den mittelbaren Besitzer allerdings nicht Herausgabe des unmittelbaren Besitzes verlangen kann, sondern nur auf das klagen kann, was der Beklagte hat, nämlich den mittelbaren Besitz. Denn nur dazu ist der mittelbare Besitzer imstande **). Deshalb ist es auch verkehrt, solchenfalls den § 275 anzuwenden, wie Werner es tut. Denn von einer Unmöglichkeit kann aus den angeführten Gründen nicht die Rede sein.

Der Eigentümer hat außerdem auch nicht mehr Erfolg mit seiner Klage, wenn er nach § 985 in Verbindung mit § 281 sich von dem Besitzer den Rückgabeanspruch gegen den Entleiher abtreten läßt. Nach Werners Tatbestand ist der Entleiher ins Ausland gereist und nicht erreichbar. Es ist für den Eigentümer daher doch ganz gleich, ob er seinen eigenen Herausgabeanspruch nach § 985 geltend macht oder sich den Rückgabeanspruch des Verleihers abtreten läßt und mit diesem vorgeht. Irgend einen handgreiflichen Erfolg erzielt er in dem einen Fall nicht mehr als in dem anderen. Weshalb also den Umweg wählen, wenn mit einfacheren Mitteln das gleiche Ergebnis erreicht wird.

Während die vorliegende Untersuchung in Bearbeitung war, ist auch von Dölle ***) das Problem des eintretenden Ersatzwertes bei der Eigentumsklage erörtert und die Möglichkeit der Ergänzung des § 985 bejaht worden. Dölle prüft das Problem im Zusammenhang mit der vielumstrittenen Frage, ob derselbe Erfolg, nämlich die Begründung eines Ersatzanspruchs für den Eigentümer, durch Anwendung des § 816 in Verbindung mit dem § 185 erreicht werden kann. Auch diese Möglichkeit hat bei Dölle zustimmende Behandlung erfahren.

Auch Dölle nimmt seinen Ausgangspunkt von dem allgemeinen Satze, daß in der Regel die Vorschriften über Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche anwendbar seien: Der Herausgabeanspruch aus § 985 sei ein echter Anspruch im Sinne des § 194. Zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer bestehe deshalb ein Schuldverhältnis der Art, daß man vom Eigentümer als dem „Herausgabegläubiger" und vom Besitzer als dem „Herausgabeschuldner" sprechen

*) a. a. O. § 8 III 2.

**) Planck, § 985 1b, Staudinger a. a. O. II 2c, Windscheid-Kipp, Pandekten, I § 1007, Wolff a. a. O. § 84 II, Isay, Geschäftsführung, S. 329.

***) In der im Oktober 1929 erschienenen Festschrift zum 50jähr. Bestehen des RG. III. S. 22 ff.

könne. Für das moderne Recht lasse sich die entgegengesetzte Ansicht nicht halten.

Darauf, daß diese Ausführungen jedenfalls in dieser Form abzulehnen sind, wurde schon hingewiesen. Wenn auch eine solche Auffassung der Vindikation modernen Gedankengängen mehr entsprechen mag als die, welche das Hauptkennzeichen des Eigentumsanspruchs in der festen Beziehung des Eigentümers zur Sache sieht, da sie die Beweglichkeit des Sachenrechts den Verkehrserfordernissen entsprechend erhöht, so hat Dölle mit dieser Wendung doch keineswegs erwiesen, daß auch das Gesetz auf diesem Standpunkt stehe. Das ist aber maßgeblich.

Dölle will aber trotzdem den § 281 von vornherein nur entsprechend angewandt wissen: Die Nutzbarmachung des Gedankens des § 281 für den Eigentumsanspruch stoße auf Widerstände, die in der besonderen Eigenart des Verhältnisses zwischen Eigentümer und redlichem Besitzer lägen. Wie Werner ist Dölle nämlich wegen des Wesensunterschiedes der beiden Arten von Ansprüchen der Ansicht, daß beim Besitzverlust von einer Unmöglichkeit der Leistung, wie sie § 281 voraussetze, überhaupt nicht gesprochen werden dürfe. Die Vindikation könne nur gegen den jeweiligen Besitzer der Sache gerichtet sein. Wenn dieser die Sache nicht mehr im Besitz habe, erlösche der Anspruch des Eigentümers, wenn der Besitzer auch nicht im technischen Sinn unvermögend zur Leistung geworden sei, wei er sich z. B. die Sache wiederbeschaffen könne. Nicht Unmöglichkeit und Unvermögen seien die Endigungsgründe für den Eigentumsanspruch, sondern Besitzverlust. Ein Bedürfnis für die Regelung des § 281 bestehe auch nur auf dem Gebiet der schuldrechtlichen Beziehungen, da der Gläubiger nicht leer ausgehen dürfe, wenn der Primäranspruch sich nicht verwirklichen lasse. Dieses Bedürfnis sei für den Eigentümer nicht vorhanden, da der ihm vom Gesetz zur Verfügung gestellte Anspruch bei Besitzverlust des ersten gegen die nachfolgenden Besitzer gerichtet werden könne.

Trotzdem glaubt Dölle im folgenden eine Aehnlichkeit beider Bestimmungen feststellen zu können, da sowohl Unmöglichkeit als auch Besitzverlust die Folge hätten, daß der Schuldner von der Primärverpflichtung frei werde. Er hält somit wenigstens eine analoge Anwendung des § 281 für geboten.

Gegen die Analogie spricht nach Ansicht Dölles auch nicht die Behauptung Werners, der Gedanke des § 281 sei für den Eigentumsanspruch nicht fruchtbar zu machen, da dieser mit dem Besitzverlust des redlichen Besitzers erlösche, durch § 281 aber das Schuldverhältnis in anderer Richtung fortgesetzt werde. Dölle meint, dies Vorbringen Werners beruhe auf einer petitio principii *). Denn auch beim Schuldverhältnis erlösche der Primäranspruch mit dem Unmöglichwerden der Leistung vollkommen. § 281 schaffe erst die Möglichkeit „der Fortsetzung der Obligation in anderer Richtung".

Auch praktische Bedenken glaubt Dölle einer Anwendung des § 281 gegenüber nicht zu haben. Bei einer solchen Anwendung

*) Ebenso Titze, J. W. 1928, S. 2016 f.

könne zwar der Eigentümer den Erlös vom redlichen Besitzer selbst dann verlangen, wenn er auch auf anderen Umständen als dem Wert der Sache beruhe, z. B. auf der „zufälligen Gunst der Situation." Aber auch dies Ergebnis könne eine analoge Anwendung nicht hindern. Denn den Erlös dürfe der redliche Besitzer auch nicht behalten, wenn man den § 281 nicht anwende. Auch dann müsse der veräußernde Besitzer dem dritten Erwerber nach § 440 den Erlös zurückerstatten, wenn der Eigentümer die Sache von diesem zurückverlange. Der redliche Besitzer dürfe allerdings nicht sowohl dem Anspruche des Eigentümers aus § 281 als auch den Ansprüchen des dritten Erwerbers aus § 440 ausgesetzt sein, ebenso, wie der Eigentümer nicht beide Ansprüche nebeneinander geltend machen und sowohl die Sache als auch den Ersatz verlangen dürfe. — Dölle will diese Schwierigkeit dadurch vermeiden, daß der Eigentümer den Ersatz vom Veräußerer nur dann verlangen könne, wenn er die Veräußeruug genehmige. Mit der Genehmigung wird das Veräußerungsgeschäft allerdings wirksam und der jetzige Besitzer Eigentümer der Sache, sodaß er Regreßansprüchen seinen Nachmännern gegenüber nicht mehr ausgesetzt ist.

Dölle gibt jedoch zu, daß im Falle entgeltlichen Erwerbs der Sache durch den redlichen Besitzer dieser eventuell letzten Endes den Schaden tragen müsse, nämlich wenn sich sein Regreßanspruch gegen seinen Verkäufer im Einzelfall nicht verwirklichen lasse. Dies erscheine aber nicht unbillig, da der redliche Besitzer auch die Sache selbst auf jeden Fall hätte herausgeben müssen, selbst wenn er seine Regreßansprüche gegen seinen Vormann nicht verwirklichen konnte. Der § 281 sei also in diesem Fall folgendermaßen zu lesen: „Erlangt der Besitzer infolge des Umstandes, der den Besitzverlust herbeiführt, einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Eigentümer Herausgabe . . . usw. verlangen".

Dölle bejaht die Anwendung des § 281 also mit der Maßgabe, daß der Eigentümer den Ersatzanspruch nur nach Genehmigung der Verfügung des Anspruchsgegners geltend machen kann. Der Nachweis der Anwendbarkeit ist ihm aber u. E. nicht gelungen. Dölle lehnt eine direkte Anwendung ab, da wegen eines Wesensunterschiedes der beiden Arten von Ansprüchen beim Besitzverlust nicht von Unmöglichkeit oder Unvermögen die Rede sein könne. Dann darf er aber u. E. auch eine analoge Anwendung nicht befürworten. Denn eine analoge Anwendung setzt gerade voraus, daß die beiden fraglichen Ansprüche in ihrem Kern in einem Maße wesensverwandt sind, daß eine beiderseitige Ergänzung sich rechtfertigen läßt.

Ferner scheint uns die Aehnlichkeit beider Ansprüche, die Dölle darin erblickt, daß sowohl Besitzverlust als auch Unmöglichkeit die Befreiung des Schuldners von der Primärverpflichtung bewirken, nicht allzugroß zu sein. Betrachtet man den im § 985 gegebenen Anspruch von der Seite des Besitzers aus, so erlischt der Anspruch allerdings mit dem Besitzverlust. Von diesem Besitzer kann die Sache nicht mehr herausverlangt werden. Von der Seite des Eigentümers aus gesehen besteht der Primäranspruch aber durchaus

fort, wenn er sich auch gegen eine andere Person richtet. Dem Gläubiger eines obligatorischen Anspruchs bleibt aber mit dem Unmöglichwerden der Leistung nichts in der Hand, an das er sich halten könnte, sodaß doch eine ziemlich erhebliche Verschiedenheit zwischen beiden Ansprüchen besteht.

Der Verfasser kann Dölle schließlich auch darin nicht folgen, daß der § 281 keine Umwandlung des ursprünglichen Schuldverhältnisses voraussetze. Dölle nimmt selbst an, daß durch § 281 die Möglichkeit des Fortbestehens des ursprünglichen Schuldverhältnisses geschaffen werde. Aber da die Vorschrift des § 281 im Gesetz von vorneherein gegeben ist, kann von einem Erlöschen des Schuldverhältnisses doch nicht gesprochen werden. Das Schuldverhältnis kann nicht mit dem Unmöglichwerden erlöschen, trotzdem aber auf Grund des § 281 fortbestehen. Auf eine nähere Begründung dieser Ansicht wird an dieser Stelle aber verzichtet, da sie später eingehend erfolgen soll.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch die ebenfalls die Anwendung des § 281 bejahende Ansicht von Plath *) erwähnt. Dieser will den § 281 allerdings nur in gewissen Grenzen auf die § 985 ff. erstrecken: In den § 987 ff. sei keine erschöpfende Regelung aller das Verhältnis des Eigentümers und Besitzers betreffenden Fälle enthalten. Der gutgläubige Besitzer dürfe allerdings nicht schadensersatzpflichtig werden. Die Ersatzherausgabe sei aber ebensowenig wie die Herausgabe der Sache selbst ein Schadensersatz. Auch ständen der grundsätzlichen Anwendung des § 281 keine begrifflichen Schwierigkeiten entgegen. Denn das ursprüngliche Rechtsverhältnis habe in beiden Fällen die Möglichkeit des Fortbestehens zur Voraussetzung.

Auf Plaths Argumente ist zum Teil schon eingegangen worden, im übrigen muß auf die spätere Darstellung Bezug genommen werden. Jedenfalls scheint uns auch sonst eine durchschlagende Begründung der Ansicht, § 281 lasse sich auf § 985 anwenden, nicht gelungen zu sein.

II.

Hiernach kommen wir zur Darstellung der Ansichten, die eine Ergänzung der §§ 985 ff. durch den § 281 ablehnen. Unter den Vertretern dieser Ansicht sei zuerst Walsmann **) erwähnt, weil dieser in der Behandlung der Frage einen besonderen Weg einschlagen will. Walsmann glaubt, daß die bejahende Ansicht für den Eigentumsanspruch zu unmöglichen Ergebnissen führe. Mit der herrschenden Lehre will er zwar die Schuldrechtsnormen grundsätzlich auf den dinglichen Anspruch anwenden, diesen Satz aber insoweit einschränken, als die Besonderheit der beiden Anspruchsarten eine Abweichung ergebe. Eine solche Ausnahme liege hier vor, da aus den Bestimmungen der §§ 985 ff. hervorgehe, daß dem Eigentümer das lucrum ex negotiatione nicht zustehen dürfe. Der gutgläubige Besitzer wäre andernfalls ge-

*) Die Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum usw., S. 91 ff.
**) Walsmann, J. W. 1926 S. 1244.

zwungen, sich im Wege des Schadensersatzanspruches an seinen Rechtsvorgänger zu halten, während das Gesetz ihn vor Schaden bewahren wolle. „Wenn nun der Kaufpreis Surrogat wäre, so müßte er (der gutgläubige Besitzer) den Erlös ganz, ohne Abzug des selbst bezahlten Preises herausgeben. Dieser Preis ist weder Verwendung, noch besteht sonst irgend ein Rechtsgrund gegenüber dem Eigentümer, ihn zurückzubehalten. Eine Trennung des Erlöses in lucrum und das übrige ist gegenüber dem von dem § 281 aufgestellten Begriff des Ersatzes, bei dem die Bereicherungsgrundsätze ausscheiden, nicht möglich." Walsmann will sich allerdings nicht für alle unter den § 281 fallenden Tatbestände festlegen.

Walsmann betrachtet das Problem aber nicht unter dem Gesichtspunkt des eintretenden Ersatzwertes bei der Eigentumsklage, sondern sieht die Hauptfrage darin, ob der durch Rechtsgeschäft erzielte Erlös auch Ersatz im Sinne des § 281 sei. Auch das Ergebnis, daß der Eigentümer den Besitzer nicht auf Herausgabe des Ersatzes belangen könne, folgt für ihn nur aus der Ablehnung der „Hauptfrage". Wenn man diese Frage verneint, wie Walsmann es tut, braucht man allerdings nicht zu prüfen, ob eine Ergänzung der §§ 985 ff. durch die Vorschrift des § 281 stattfinden könne, weil der Eigentümer dann keinesfalls den Erlös beanspruchen kann. Legt man aber die Vorschrift des § 281 weiter aus als Walsmann, so ist damit doch durchaus nicht gesagt, daß auch der Eigentümer diesen auf Grund des § 281 geschuldeten Verkaufserlös in Verbindung mit § 985 beanspruchen könne. Von dem Gesichtspunkt des Themas aus ist u. E. die Fragestellung die primäre, ob die Anwendung des § 281 auf die §§ 985 ff. abzulehnen oder zu befürworten ist. Die Erstreckung des § 281 auf den Eigentumsanspruch kann natürlich nur in dem Umfang erfolgen, den man dem in dieser Vorschrift gegebenen Anspruch überhaupt zubilligt. Die vorliegende Darstellung geht allerdings davon aus, daß auch das rechtsgeschäftliche Surrogat unter § 281 einbegriffen sei. — Die praktischen Bedenken, die Walsmann vorbringt, halten wir aber für vollkommen gerechtfertigt.

Das Oberlandesgericht Hamburg (s. o.) hatte mehrmals die Gelegenheit, die Möglichkeit der Ergänzung des § 985 durch den Ersatzherausgabeanspruch zu prüfen. Jedesmal hat es die Anwendung im Widerspruch zu der Entscheidung des Reichsgerichts im 105. Bande abgelehnt. Die Begründung der verschiedenen Urteile stimmt im wesentlichen überein. Die Darstellung folgt einer der letzten Entscheidungen, die die eingehendste Begründung gibt. *)

Auch das Oberlandesgericht geht davon aus, daß die schuldrechtlichen Bestimmungen auf Sachenrechtsverhältnisse angewandt werden können. Es meint aber, § 281 sei nach seiner Stellung im Gesetze und nach seiner Fassung nicht dazu bestimmt, sachenrechtliche Ansprüche zu regeln, keine Zweckmäßigkeitsgründe zwängen dazu, ihn auch nur analog anzuwenden. Die Grundlage der beiden Ansprüche weise einen wesentlichen Unterschied auf: In dem einen Fall bleibe die vertragliche Bindung des Schuldners auch bei frei-

*) OLG. Hamburg, J. W. 1926, S. 2775, 5. Z. S., 2. Dez. 1925.

williger Veräußerung der Sache bestehen. Der Anspruch aus § 985 werde aber durch freiwillige Veräußerung des Besitzes beseitigt. Das Bestehenbleiben der vertraglichen Bindung bei Unmöglichkeit rechtfertige die Vorschrift des § 281. Bei Vertragsverhältnissen solle der Schuldner grundsätzlich die aus dem Vertrag zugesagte Gegenleistung erbringen. Gerade deshalb entspreche es „dem Willen verständiger Vertragsparteien", daß der Gläubiger anstelle der durch Unmöglichkeit weggefallenen Leistung wenigstens auf den Ersatz greifen könne, der dem Schuldner zugefallen ist. Hierfür bleibe seine Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Andererseits könne bei dem Eigentumsanspruch der „vermutliche Wille der Parteien" nicht maßgebend sein, da eben zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer keine vertraglichen Bestimmungen geknüpft würden. Seinen Hauptzweck erfülle der § 281 im Vertragsrecht im Falle unvertretbarer Unmöglichkeit, da bei der vertretbaren Unmöglichkeit in der Regel der dem Gläubiger gegebene Schadensersatzanspruch diesem sicheren Schutz gewähre. Die Vorschrift fülle also im Vertragsrecht eine durch die §§ 275 ff. nicht geregelte Lücke aus. Bei Erstreckung der Vorschrift auf den Eigentumsanspruch übertrage man eine Ergänzungsvorschrift auf ein Gebiet, in dem sie einen Normalfall regeln würde. Denn die freiwillige Veräußerung einer gutgläubig erworbenen Ware entspreche dem normalen wirtschaftlichen Verlauf. Die Systematik des Gesetzes verlange es aber, daß ein solcher Normalfall an der im System für ihn vorgesehenen Stelle, also bei den §§ 985 ff. geregelt sei. Das OLG. weist außerdem noch kurz darauf hin, daß dem Anspruch des Eigentümers bereicherungsartiger Charakter beigelegt würde, wenn man dem Eigentümer nur den bei der Weiterveräußerung erzielten Gewinn zubillige. Werde aber dem Eigentümer ein Anspruch auf den vollen Erlös gegeben, so erhalte der gutgläubige Besitzer dadurch eine ebenso schlechte Stellung wie der bösgläubige, der im Fall eines Weiterverkaufs auf Schadensersatz haftet.

Die Hauptschwierigkeit sieht das OLG. also darin, daß § 281 in dem vermutlichen Parteiwillen seine Rechtfertigung finde, während es bei dem Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer auf den Willen der Parteien garnicht ankomme. Das OLG. beruft sich hierfür auf die Darstellung der Motive*): „Das Prinzip beruht auf der berechtigten Unterstellung, der Verpflichtungswille der Parteien sei darauf gerichtet gewesen." Diese alleinige Begründung mit der Geschichte des § 281 ist aber nicht durchschlagend. Im Recht der Schuldverhältnisse sind auch solche Schuldverhältnisse geregelt, die nicht auf Vertragsbeziehungen begründet sind. So entstehen auch durch Geschäftsführung und unerlaubte Handlung Schuldverhältnisse, auf die die Vorschriften des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse, auch § 281, ohne weiteres Anwendung finden. Die Regel des § 281 kann also nicht durch den Vertragswillen der Parteien ihre Erklärung finden. Die Motive brauchen in der zitierten Stelle den vermutlichen Parteiwillen auch nicht als Grundlage des § 281 aufgefaßt

*) Motive II S. 47.

zu haben, sondern können auch eine rechtspolitische Erwägung darin erblickt haben, aus der eine Bestimmung wie die des § 281 für notwendig gehalten wurde, um dem Willen verständiger Vertragsparteien zum Erfolge zu verhelfen.*) Es ist auch nicht wahrscheinlich, daß das Gesetz die Parteivereinbarung als Grundlage für den § 281 ansieht. Durch eine solche Annahme würde man den Parteien einen Willen unterschieben, den sie oft garnicht gehabt haben (s. u.). Daß das ursprüngliche Schuldverhältnis weiter besteht, wird damit nicht geleugnet.

Wir kommen damit zu einer Gruppe von Lehren, die ihre verneinende Ansicht auf Gründe anderer Art stützt. Im Zusammenhang mit der Darstellung der Ansicht des OLG. Hamburg sei mit dem Urteil des Reichsgerichts im 115. Band Seite 31 ff. begonnen, das die eben erwähnte Entscheidung des OLG. Hamburg ergänzt. Das Reichsgericht stellt sich in bewußten Widerspruch zu der am Anfang zitierten Entscheidung im 105. Band. Das RG. führt aus, § 281 beruhe auf dem Gedanken, daß das Schuldverhältnis trotz Unmöglichkeit der Leistung weiter bestehe, nur seine Wirkung in einer anderen Richtung äußere. Die Verpflichtung zur Herausgabe des verlangten Ersatzes habe ihre Grundlage in dem nach wie vor bestehenden Schuldverhältnis. § 281 setze also ein Schuldverhältnis voraus, bei dem seinem Wesen nach eine Aenderung der Leistungspflicht überhaupt möglich sei, das infolge dieser Veränderung nicht notwendig seinen Untergang finden müsse. Bei vertraglichen Schuldverhältnissen sei diese Bedingung ohne weiteres erfüllt. Bei diesen sei der Verpflichtungswille der Parteien auf ein Weiterbestehen des Schuldverhältnisses bis zur Befriedigung des Gläubigers gerichtet. Die Unmöglichkeit beseitige zwar die Verpflichtung zu der ursprünglich vereinbarten Leistung, bringe das ganze Schuldverhältnis aber noch nicht zum Erlöschen. Dieser Gedanke des § 281 widerspreche aber der Natur des dinglichen Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den redlichen Besitzer. Hier beseitige der bloße Besitzverlust den dinglichen Anspruch, gleichviel, ob dem Besitzer die Wiederbeschaffung der Sache möglich sei oder nicht.

„Es handelt sich nicht darum, daß eine bestehende Unmöglichkeit der Herausgabe den Besitzer von seiner ursprünglichen Verpflichtung befreit, vielmehr ist die Rechtslage die, daß mit der Tatsache des Besitzverlustes dem dinglichen Verpflichtungsverhältnis, also demjenigen, das den Herausgabeanspruch, nicht aber die schuldrechtlichen Erstattungsansprüche aus den §§ 987 ff. zum Gegenstand hat, der Boden entzogen wird und daß es wegen des Wegfalls des Besitzes als einer für den dinglichen Anspruch wesentlichen Voraussetzung kraft Gesetzes überhaupt und im ganzen erlischt. Dann kann aber auch § 281 keine Anwendung finden, da in seinem Fall die Möglichkeit eines Fortbestehens der Verpflichtung vorhanden sein muß." Die anders geartete Natur des dinglichen Anspruches verhindere die Anwendung des § 281.

*) Ebenso Dölle, a. a. O. S. 25 und Werner a, a. O.

Eine ähnliche Begründung finden wir im Reichsgerichtsrätekommentar und bei Titze, die deshalb sofort angeführt seien. Der Reichsgerichtsrätekommentar befürwortete in der 5. Auflage noch die Anwendung des § 281 *). In der letzten Auflage (1928) wird diese Ansicht aufgegeben **): Mit der Weiterveräußerung der Sache durch den gutgläubigen Besitzer und dem dadurch bedingten Besitzverlust sei der Eigentumsherausgabeanspruch erloschen. Auf die Unmöglichkeit der Herausgabe komme es daher nicht an.

Auch Titze hat sich zu der Frage der Anwendung des § 281 geäußert, allerdings im Zusammenhang mit einer anderen Entscheidung des Reichsgerichts ***). Titze wendet sich gegen die in dieser Entscheidung niedergelegte Auffassung des Reichsgerichts über das Wesen des § 281, die er im Einklang mit der Entscheidung im 115. Band ablehnt. Auch Titze erblickt den Grundgedanken der Vorschrift darin, daß der mutmaßliche Parteiwille den Ersatzwert für die Primärleistung eintreten lassen wolle. Titze sieht den Gedanken des § 281 in der Eigenart schuldrechtlicher Beziehungen, die nicht auf das auf anderen Regeln aufgebaute Sachenrecht übertragen werden dürfe.

Alle drei zuletzt aufgeführten Stellen sehen also den mutmaßlichen Parteiwillen als Grundlage für den § 281 an, infolgedessen sie zu einer Unanwendbarkeit der Vorschrift auf die Eigentumsklage kommen. Hier wird genau so, wie beim OLG. Hamburg verkannt, daß der Parteiwille in § 281 allein nicht maßgebend sein kann, da § 281 auch auf Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommt, in denen der Parteiwille keine ausschlaggebende Rolle spielt. Allerdings sind die Gedankengänge des Reichsgerichts und insbesondere Titzes von denen des OLG. Hamburg insofern verschieden, als sie die Nichtanwendbarkeit des § 281 auf die §§ 985 ff. mit einem schärferen Hinweis auf die ratio beider Vorschriften begründen. Der hierbei hervorgehobene Grundgedanke ist auch für richtig zu erachten. Eine Ergänzung der Eigentumsklage durch den § 281 kann tatsächlich nicht erfolgen, da eine Umwandlung des auf Sachhaftung gerichteten dinglichen Anspruchs in einen solchen mit vermögensrechtlicher Wirkung begrifflich nicht denkbar ist. Auf den ersten Blick scheinen dieser Auffassung allerdings die §§ 987 ff. zu widersprechen, worauf Werner und das Reichsgericht nicht eingehen. Titze kann deshalb anscheinend mit Recht den Vorwurf erheben: „Verliert oder vernichtet nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Besitzer die Sache schuldhaft, ist trotz des Besitzverlustes die rei vindicatio, wenn auch in anderer Gestalt, gegeben. Es tritt hier eben an Stelle des Besitzes der zum Ersatz verpflichtende Umstand als ausreichende Anspruchsvoraussetzung . . . Die Frage geht gerade dahin, ob das Gesetz solche Erlangung des commodum für die Passivlegitimation genügen läßt, und die Verneinung dieser Frage läßt sich nicht damit begründen, daß das bloße commodum eine ausreichende Anspruchsvoraussetzung nicht sei." Im Ergebnis ist diesen Ansichten aber beizupflichten.

*) RGRK. § 281 A. 1; anders allerdings in § 985 A. 3 dieser Aufl.
**) RGRK. 1 zu § 281, 5 zu § 985.
***) Titze, J. W. 1928, 2016 f.

In ähnlicher Weise begründen Oertmann und Haymann die Ablehnung der Anwendung des § 281. Oertmann *) sieht neben praktischer Unbilligkeit die Schwierigkeit besonders darin, daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer einer Umwandlung der im § 281 vorausgesetzten Weise nicht fähig sei.

Haymann **) wendet sich scharf gegen das Urteil des Reichsgerichts im 105. Bande, dem er einen Widerspruch nachweisen zu können glaubt: § 281 setze eine Unmöglichkeit der Leistung voraus. Es widerspreche daher dem Gedanken des § 281, diese Vorschrift auf einen Fall anzuwenden, wo infolge der freiwilligen Veräußerung die Leistung nicht unmöglich wird, sondern infolge des unwirksamen Erwerbs der ursprüngliche Anspruch selbst sich auf die Nachmänner richte. Die Vormänner im Besitz hätten den Ersatz nicht infolge des Umstandes erlangt, der die Herausgabe unmöglich gemacht hat. Wenn man in der Entäußerung des Besitzes ein Unvermögen sehen wolle, ohne Beachtung einer Rückerwerbsmöglichkeit des Veräußerers, so käme es darauf, ob die „Sache, die von einem gutgläubigen Erwerber weiter veräußert", „nicht mehr zu erlangen ist", garnicht mehr an. Aber gerade darauf lege das Urteil des Reichsgerichts entscheidendes Gewicht. Aber wenn die Ware nach den zahlreichen Veräußerungen schließlich verloren gehe, so werde dadurch der von den verschiedenen Veräußerern erzielte Ersatz nicht zu einem solchen, der infolge des Untergangs der Ware dem einzelnen Besitzer erwachsen war. Denn diesen Ersatz habe er schon vorher in Händen gehabt, als der Eigentumsanspruch noch wirksam durchgeführt werden konnte, da die Ware damals noch in den Händen irgend eines Nachmannes war. § 281 wolle den persönlichen Gläubiger schützen, da er sich nicht wie der Eigentümer an den halten könne, der die Sache im Besitz hat, sondern nur gegen den einen fest bestimmten Vertragsgegner vorgehen könne.

Haymann kommt hiermit schon auf praktische Erwägungen, die er auch weiter durchführt: Es sei unhaltbar, daß der gutgläubig veräußernde Besitzer verpflichtet sein solle, den Erlös auch insoweit herauszugeben, als er selbst z. B. wegen Rechtsmängel von seinem Käufer haftbar gemacht werden könne. Werde von ihm sofort die Rückgabe der Zahlung verlangt, so habe er überhaupt keinen Ersatz erlangt, den er dem Eigentümer herauszugeben imstande sei, abgesehen davon, daß der Eigentümer schließlich deshalb gar kein Interesse mehr an der Geltendmachung des Anspruchs aus § 281 habe. Bei anderer Entscheidung müsse man dem Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes gegen sämtliche veräußernde Besitzer geben, und zwar über den Betrag des jeweiligen Reingewinnes hinaus, da auch sonst § 281 einen Abzug der Unkosten nicht zulasse.

Der Verfasser glaubt Haymann zugeben zu müssen, daß die Ergebnisse bei einer Ergänzung der §§ 985 ff. durch den § 281 keineswegs befriedigend sind. Haymann zeigt durch seine Ausführung, daß gerade bei einer konsequenten Durchführung der Anwendung des § 281

*) Schuldverhältnisse zu § 281.
**) Zuwendung, Iher Jahrb. Band 41 (77) S. 287 ff.

unmögliche Ergebnisse entstehen, Ergebnisse, die die Befürworter der entgegengesetzten Ansicht anscheinend nicht genügend gewürdigt haben. Alle gegnerischen Schriftsteller sehen sich auch genötigt, ihr Ergebnis an den verschiedensten Stellen einzuschränken. Die Antwort kann aber u. E. nur so oder so lauten. Auch nach der rein begrifflichen Seite scheinen dem Verfasser die Ausführungen Haymanns zutreffend zu sein. Haymann will im Ergebnis allerdings wohl dasselbe wie Oertmann sagen, der seine Ansicht auf eine schärfere und klarere Formel gebracht hat, wenn er sie auch nicht näher begründet. Das liegt aber auf dem Gebiet einer Gedankenreihe, auf die, wie schon bemerkt, näher einzugehen sein wird.

Eine anderweitige Begründung der Ablehnung der behandelten Frage findet Wedemeyer *). Wedemeyer glaubt die Erstreckung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer wegen eines Verstoßes gegen die Bereicherungsvorschriften nicht befürworten zu können. Auch widerspreche es jedem praktischen Bedürfnis, dem Eigentümer einen Anspruch auf Ersatz gegen den Besitzer zu gewähren. Da Wedemeyer aber keine nähere Begründung für seine Ansicht gibt, u. E. seine Gedankengänge auch nicht ganz klar zum Ausdruck gekommen sind, muß ein näheres Eingehen erspart bleiben.

Hingewiesen sei schließlich der Vollständigkeit halber auf die Dissertation von Flach **), der sich ebenfalls mit diesem Gebiet befaßt hat. Er begnügt sich aber im wesentlichen mit einer Darstellung der Literatur und Praxis.

III.

Zusammenfassend kann also folgendes festgestellt werden:

Den Ausgangspunkt bildet für die Mehrzahl der Schriftsteller der Satz, daß eine grundsätzliche Anwendung von Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse durchaus möglich sei. Die Befürwortung der Anwendung des § 281 wird, soweit es überhaupt geschieht, folgendermaßen begründet:

1. Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, auf das wegen der Gleichartigkeit dinglicher und schuldrechtlicher Ansprüche der § 281 Anwendung finden kann.

2. Der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer hat in den §§ 985 ff keine vollständige Regelung erfahren. Durch die Sonderregelung in den §§ 987 ff. sind nur Schadensersatzvorschriften ausgeschlossen, ein Ersatz oder Ersatzanspruch kann deswegen durchaus eintreten.

3. Wegen der Wesensähnlichkeit oder gar Gleichartigkeit schuldrechtlicher und dinglicher Ansprüche ist eine analoge Anwendung möglich. Begriffliche Schwierigkeiten stehen dem nicht entgegen.

Auffallend ist bei diesen Schriftstellern, daß sie fast alle, soweit sie sich mit der Frage genauer befassen, ihre Ansicht nicht konsequent

*) Wedemeyer, J. W. 1926, S. 2775, Nr. 3.
**) Die Anwendung der §§ 281 und 283 BGB. usw. S. 7. ff.

durchführen, sondern Einschränkungen verschiedener Art machen (s. u.). Sie gelangen anscheinend deswegen zu den Einschränkungen, um Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich aus folgerichtiger Durchführung ihrer Ansicht ergeben würden.

Diejenigen Schriftsteller, die die Ergänzung des § 985 durch den § 281 ablehnen, führen folgendes an:

1. Der Gedanke des § 281 beruht auf dem mutmaßlichen Parteiwillen, der auf eine Fortsetzung des Schuldverhältnisses in anderer Richtung hinzielt. Beim Eigentumsanspruch ist aber ein Parteiwille nicht zu ermitteln. Dieser Anspruch erlischt vielmehr mit dem Besitzverlust.

2. Der Herausgabeanspruch des Eigentümers ist der im § 281 vorausgesetzten Umwandlung nicht fähig.

3. Eine Anwendung des § 281 auf den Eigentumsanspruch verstößt gegen die Bereicherungsvorschriften.

4. Es liegt kein praktisches Bedürfnis für eine Ergänzung des Eigentumsanspruchs in dieser Hinsicht vor.

Im Ergebnis scheint den Vertretern der beiden erstgenannten Ansichten der Gedanke vorzuschweben, daß der Anspruch aus § 985 nicht in einer anderen Richtung fortgesetzt werden könne. Eine eingehendere Begründung wird hierfür aber nicht gegeben, sodaß Titze (a. a. O.), wie schon erwähnt, anscheinend mit Recht den Vorwurf erheben konnte, die betreffenden Ausführungen enthielten eine petitio principii. Bei einer Betrachtung der § 987 ff. scheint es doch zunächst so, daß hier tatsächlich eine Umwandlung des Eigentumsanspruchs stattgefunden habe, da diese Bestimmungen dem Eigentümer anders geartete Ansprüche gewähren, die auch eine Verletzung des Eigentums voraussetzen.

II. Teil.

Ersatzwert und Eigentumsherausgabeanspruch.

1. Abschnitt.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auf das Sachenrecht im allgemeinen.

Zu Beginn der eigenen Stellungnahme soll darauf eingegangen werden, ob überhaupt eine Anwendung der Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse stattfinden kann, da diese Arbeit das Thema nicht nur als ein für sich stehendes Einzelproblem behandeln will, sondern die Frage der Anwendbarkeit des § 281 im Zusammenhang mit der gesamten Lehre der Ergänzung des Sachenrechts durch schuldrechtliche Bestimmungen bringen will. Denn einmal ist es,

vom begrifflichen Standpunkt aus gesehen, richtiger, zunächst zu untersuchen, ob durch einen allgemeinen typischen Umstand die Uebertragung ausgeschlossen wird, ob nicht überhaupt das Wesen des dinglichen Anspruchs, insbesondere des Eigentumsanspruchs von vorneherein mit der Anwendung obligatorischer Vorschriften unverträglich ist. Erst dann kann die Anwendung der einzelnen Normen ohne Bedenken geprüft werden. Zum andern: u. E. kann die Frage der Anwendbarkeit des § 281 auf die Eigentumsklage nur im Zusammenhang mit der Gesamtfrage zu einer befriedigenden Lösung gebracht werden; denn die zur Erörterung stehende Einzelfrage darf nicht aus dem organischen Zusammenhange herausgelöst werden, in dem sie zu den Gedankengängen des Gesetzbuches steht.

Der Umstand, der über die Möglichkeit der Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf sachenrechtliche Verhältnisse Bedenken entstehen läßt, ist der scharfe Gegensatz, die begriffliche Schranke, die das Gesetz zwischen beide Rechtsgebiete gesetzt und auch äußerlich durch seine Systematik kenntlich gemacht hat. Der erste Blick auf die Regelung des Gesetzes lehrt den Unterschied zwischen dem beständigen, ruhigen, etwas starren Eigentumsschutz, der jedem Dritten gegenüber durchgreift, der das Recht des Eigentümers verletzt, gegenüber der wandelbaren, sich gegen eine bestimmte Person richtenden Forderung, wobei eine Anpassung an die wechselnden Verkehrserfordernisse erreicht wird. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, daß das Gesetz die Trennung nicht scharf durchgeführt hat. Eine gewisse Aehnlichkeit und ein Uebergreifen beider Gebiete in einander macht sich bemerkbar. Diese Aehnlichkeit läßt die Frage aufkommen, ob die Natur der beiden Arten von Ansprüchen einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung trotz der Systematik des Gesetzes den Weg frei läßt.

So läßt sich schon im Römischen und Gemeinen Recht ein Eindringen von obligatorischen Gedanken in das Sachenrecht feststellen. Die rei vindicatio, die ursprünglich in ihrer reinen Gestalt sich nur auf die Wiedererlangung der Sache bezog und dem Besitzer eine bloße Sachhaftung auferlegte, mußte im Lauf der Geschichte infolge einer freieren Auffassung des Eigentumsbegriffs ihre Gestalt wechseln. Nach und nach werden dem Besitzer Pflichten auferlegt, die über die reine Sachhaftung hinausgehen und sein Vermögen in Anspruch nehmen, eine Entwickelung, die auch im BGB. in den §§ 987 ff. ihren Ausdruck gefunden hat*). Schon Jhering glaubt daher sagen zu können**), daß die rei vindicatio trotz der begrifflich scharfen Gegenüberstellung im Laufe der Geschichte zu einer Obligation geworden sei. Mag diese Feststellung auch zu weitgehend sein, so kennzeichnet sie doch klar, daß die Schranke zwischen Sachen- und Schuldrecht nicht ganz unüberbrückbar erscheint***).

Einen weiteren Anhalt bietet die Geschichte bei Betrachtung der Motive und Protokolle. Die Motive befürworten die Anwendung der Vorschriften des Obligationenrechts im allgemeinen sogar auf „solche

*) D. VI. 1 36 und 45.
**) Geist, III, S. 183 ff.
***) Vgl. zum Gem. R. Rümelin, Arch. Ziv. Pr. 68, 162 ff., Windscheid § 43 A. 7.

Ansprüche auf eine Leistung, welche lediglich auf einem dinglichen Recht beruhen und einem dinglich Berechtigten als solchem zustehen". *) An anderer Stelle **) meinen die Motive, die sachenrechtlichen Ansprüche, die auf Herstellung des dem Inhalt des Rechts entsprechenden Zustandes gehen, seien zwar immer von den von vorneherein von Person zu Person gegebenen Forderungsrechten verschieden. Die dinglichen Ansprüche nähmen aber einen „obligationsähnlichen Charakter" an, sofern sie sich gegen eine bestimmte Person richteten. Die Aehnlichkeit rechtfertige die Anwendung der Schuldrechtsnormen auf die sich gegen eine bestimmte Person richtenden dinglichen Ansprüche. Auch die Protokolle stellen fest, daß eine analoge Anwendung durchaus in Frage komme. ***) Ob eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift aufzustellen sei, sollte der Beratung des Sachenrechts überlassen bleiben. Die Frage ist auch sonst in der 2. Kommission ohne endgültige Beschlußfassung erörtert worden. ****)

Die in der Literatur und Praxis herrschende Lehre stellt im Einklang mit den Motiven den Satz auf, daß grundsätzlich die Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche, sei es unmittelbar, sei es entsprechend, angewandt werden könnten. Sie setzt diesem Satz die Einschränkung hinzu, daß der Charakter der beiden Arten von Ansprüchen gewahrt bleiben müsse, die Anwendung im einzelnen also ausgeschlossen sei, wenn sie sich durch Wesensverschiedenheiten verbiete.

Ein gemeinsames Merkmal beider Gebiete läßt sich ja auch aus einer Reihe von positiven Bestimmungen erkennen, die sowohl sachenrechtliche als auch schuldrechtliche Momente enthalten. †) Besonders zeigt sich das Miet- und Pachtrecht, obwohl es das Gesetz nicht als Sachenrecht behandelt, mit dinglichen Elementen durchsetzt. Fuchs ††) und Cosack †††) fassen das Mietrecht sogar als Sachenrecht auf, als eine „Verpflichtung, die auf dem Grundstück ruht". Der Umstand aber, daß das Mietrecht im wesentlichen auf vertraglicher Grundlage aufgebaut ist, läßt die Auffassung der beiden genannten Autoren nicht als gerechtfertigt erscheinen, wenn sie auch den Satz: „Kauf bricht nicht Miete" für sich in Anspruch nehmen können. Trotzdem läßt sich nicht verkennen, daß in der Auffassung von Fuchs und Cosack Richtiges enthalten ist, da es im Recht der Schuldverhältnisse auch Rechte an Sachen gibt. Durch die Gewährung eines Pfandrechts an den Vermieter (§ 559) hat das Gesetz der sachenrechtlichen Natur der Miete nach Besitzeinräumung an den Mieter weiteren Durchbruch verschafft. Für den „quasidinglichen" (RG.) Charakter des mit Besitz verbundenen Nutzungsrechts lassen sich ebenfalls die Vorschriften der

*) Motive II S. 4.
**) Motive III S. 398 f.
***) Prot. I S. 312.
****) Prot. I S. 195, 197, III S. 344.

†) Vergl. zum folgenden Fuchs, Grundbegriffe S. 17 und S. 53 ff.; Stälin a. a. O.
††) a. a. O. S. 66.
†††) Cosack Band II 1924, S. 390.

§§ 986 Abs. 2 und 956 anführen. Ferner enthalten die §§ 292 und 347 eine Bezugnahme auf das Sachenrecht.

Aber auch das Sachenrecht entbehrt nicht der Verweisungen auf das Schuldrecht. Von den mannigfachen diesbezüglichen Vorschriften seien die §§ 988, 992, 993, 1008 ff. (1010, 1011) und 1226 erwähnt. Außerdem arbeitet das Gesetz im Sachenrecht mit juristischen Begriffen, die aus dem Schuldrecht entnommen sind und ohne Heranziehung des Schuldrechts keine eingehende Deutung erfahren können. *) Die §§ 987 ff. sprechen von Schadensersatz, Verzug, Verschulden. Welches aber die Voraussetzungen für die einzelnen Begriffe sind, können wir nur feststellen, wenn wir das zweite Buch des BGB. aufschlagen. Auch eine grundsätzliche Umgrenzung des Umfangs und des Inhalts dieser Begriffe findet sich im Sachenrecht nirgends.

Weiter tritt eine deutliche Beziehung zwischen beiden Rechtsgebieten in folgenden Vorschriften zur Erscheinung, die auch bisher in der Literatur zur Stützung dieser Ansicht herangezogen worden sind. **)

1. Die am meisten in die Augen springende Vorschrift ist die des § 990 Absatz 2, die eine Haftung des Besitzers wegen Verzuges unberührt lassen will. Von Tuhr ***) meint, daß die Geltung der Lehre vom Verzug im § 990 „nicht angeordnet, sondern vorausgesetzt" wird. ****) Es wurde aber schon oben darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung nur Anwendung findet, wenn zugleich mit dem dinglichen Herausgabeanspruch ein schuldrechtlicher Anspruch begründet ist, der gemäß § 43 K. O. ein Aussonderungsrecht gewährt, weil er kein Anspruch auf Leistung oder Verschaffung einer Sache ist. Gleichwohl stellt die genannte Bestimmung eine Verbindung zwischen Sachen- und Schuldrecht her.

2. § 993 Absatz 1 befreit den Besitzer von einer über die §§ 987 bis 992 hinausgehenden Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Der Schluß, daß wegen dieser ausdrücklichen Ablehnung für den Eigentumsanspruch die Anwendbarkeit grundsätzlich vorausgesetzt werden müsse, ist aber wie vielfach das argumentum e contrario insofern nicht sicher, als man hierauf entgegnen könnte, daß bei Selbstverständlichkeit der Anwendung die besondere Anordnung der Ergänzung unverständlich ist.

3. Ein wichtiges Argument bietet aber wieder die Vorschrift des § 931. Diese Bestimmung geht von einer Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs aus. Demnach finden auch die Bestimmungen über die Zession auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers Anwendung, insbesondere § 404, sodaß der Verpflichtete dieselben Einwendungen wie bei der persönlichen Forderung hat. Planck †) meint zwar, der Umstand, daß die Anwendbarkeit auch dem geltenden

*) Windscheid-Kipp II S. 9.
**) Oertmann 3c vor § 241; Planck – Siber vor § 241, RGRK. 2 vor § 241; Manigk Art. Schuldverh. im Handw. d. R.; Stälin a. a. O.
***) Der Allgemeine Teil, S. 265, A 99.
****) Ebenso Planck IV zu § 990.
†) Planck II 1b vor § 241.

Recht entspreche, folge zwar kaum aus § 931, da nach § 413 auch andere Rechte als Forderungen der Abtretung unterlägen. Damit ist aber doch dem nicht widersprochen, daß auf den Eigentumsanspruch schuldrechtliche Vorschriften Anwendung finden. Daß die Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs im § 931 vorausgesetzt wird, gibt Planck selbst zu.

Verschiedene Schriftsteller lassen den Hinweis auf die positiven Vorschriften bei Seite, vertreten aber die Möglichkeit der Anwendung von Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse mit der Begründung, daß dingliche und obligatorische Ansprüche gleichgeartet seien. Wer wie sie die beiden Arten von Ansprüchen identifiziert, wird allerdings leichter geneigt sein, die Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse anzuwenden. Wenn Ansprüche gleichartig sind, dürfen sie naturgemäß grundsätzlich auch nicht verschieden behandelt werden. U. E. entspricht es aber nicht der Systematik und Begriffsbestimmung des BGB., alle einem Schuldverhältnis inhaltsgleichen Ansprüche auch als Schuldverhältnisse zu bezeichnen. Besonders ist dies nicht richtig, soweit rein dingliche Ansprüche in Frage stehen. Der dingliche Anspruch unterscheidet sich von schuldrechtlichen im Ursprung und in der Dauer. Er bezweckt im besonderen nur Wiederherstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes, aber nichts, was darüber hinaus geht.*) Für die anders gearteten Ansprüche ist das dingliche Recht zwar Voraussetzung der Geltendmachung, aber nicht Anspruchsgrundlage.

Wenn nun schuldrechtliche und dingliche Ansprüche auch nicht gleichartig sind, so läßt sich doch eine gewisse Aehnlichkeit nicht verkennen. Zur Umschreibung der Begriffe Anspruch und Forderung gebraucht das Gesetz in den §§ 194 und 241 fast dieselben Worte. Wenn durch diese Begriffsbestimmung auch die Annahme der Identität von Forderung und Anspruch nahe gelegt wird,**) braucht man nicht den weiteren Schritt zu tun und auch den dinglichen Anspruch als Forderung zu bezeichnen. Die Motive***) bezeichnen den Anspruch als das Recht in seiner Bewegung und zwar in seiner Bewegung auf eine bestimmte Person. Diese Auffassung findet in der Vorschrift des § 194 eine Stütze, nach der auf Grund eines Anspruchs „von einem andern" eine Leistung verlangt werden kann. Demnach entsteht aus dem dinglichen Recht ein dinglicher Anspruch erst dann, wenn ein solcher gegen eine bestimmte Person geltend gemacht werden kann. Jedenfalls wird sich nicht leugnen lassen: derjenige, der das Eigentum eines anderen verletzt hat, ist eben infolge dieser Verletzung mit dem Eigentümer durch eine viel nähere Beziehung verbunden als die übrigen Menschen. Er steht jetzt erst mit dem Eigentümer in einem besonderen Rechtsverhältnis, aus dem beiderseitige Rechte und Pflichten erwachsen.

*) Oertmann, Art. Schuld. im Handw. d. R.; vergl. auch Manigk a. a. O., der darauf hinweist, daß der Anspruch aus § 985 im Gegensatz zu einer Kaufforderung z. B. ein Aussonderungsrecht im Konkurs begründet.

**) Enneccerus § 204 1.

***) Motive I S. 291.

Allerdings befürworten auch die Schriftsteller, die eine Gleichartigkeit beider Anspruchsarten nicht anerkennen können, die Anwendung der Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse. Sie kommen zu dieser Anwendung teils durch Auslegung des Gesetzes, teils wegen des „obligationsähnlichen Charakters" des dinglichen Anspruchs. Hiernach müßte die Beantwortung der Frage der Verschiedenheit oder Gleichartigkeit der Ansprüche ohne Bedeutung für das vorliegende Problem sein. Dem Verfasser scheint auch die Annahme der Ungleichartigkeit wegen der angeführten positiven Einzelvorschriften und der eben gekennzeichneten Aehnlichkeit mit einer allgemeinen Anwendung in Einklang zu bringen zu sein. Deshalb ist es auch überflüssig, auf das Problem an dieser Stelle einzugehen, an der über die Anwendung der Vorschriften des zweiten Buches auf das Sachenrecht nur im allgemeinen gehandelt wird. Daß diese Frage aber für die Prüfung der Anwendung der Einzelansprüche von praktischer Bedeutung ist, wird unten gezeigt werden.

Für die vorliegende Untersuchung ergibt sich daraus folgendes: Ein typisches Hindernis, das einer allgemeinen Anwendung entgegensteht, läßt sich nicht finden. Schon das praktische Bedürfnis, das eine größere Lebendigkeit und Beweglichkeit auch des Sachenrechts verlangt, spricht für dessen Ergänzung. Dingliche und obligatorische Ansprüche sind allerdings nicht identisch – was aber noch weiter ausgeführt werden muß —, sie weisen aber eine gewisse Aehnlichkeit auf. Daraus ist zu entnehmen, daß die einzelnen Vorschriften auf ihre Anwendungsfähigkeit geprüft werden müssen. Zur Beantwortung der behandelten Frage ist daher auf das Wesen und die Grundgedanken der §§ 281 und 985 einzugehen.

2. Abschnitt.

Der § 281.

Die Vorschrift des § 281 lautet: „Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen".

Die Vorschrift hat ihre vorwiegende praktische Bedeutung, wenn der Schuldner von seiner ursprünglichen Leistungspflicht frei wird, ohne daß der Gläubiger sich durch einen Schadensersatzanspruch befriedigen kann. Ein solcher Fall ist durch die Bestimmung des § 275 gegeben. Um diesem Mangel abzuhelfen, gaben auch die früheren Rechte dem Gläubiger einen Ersatzanspruch. Allerdings ging das Römische und Gemeine Recht von dem Grundsatz aus: „Commodum eius esse debet, cuius est periculum". Der Gläubiger hatte einen Anspruch auf das commodum, aber nur dann, wenn der Schuldner das Unmöglichwerden der Leistung nicht verschuldet hatte.

Im anderen Falle erhielt er den Schadensersatz. *) Im geltenden Recht, das den Anspruch bei jeder nachfolgenden Unmöglichkeit gibt, ist damit der Gedanke des Römischen und Gemeinen Rechts fallen gelassen worden, daß demjenigen das commodum zusteht, der die Gefahr trägt.

Nach den Motiven beruht das Prinzip dieser Bestimmung „auf der berechtigten Unterstellung, der Vertragswille sei darauf gerichtet gewesen, und entspricht zweifellos der Billigkeit". **) Sie heben weiter hervor, ***) daß § 281 einen dem Gläubiger eventuell zustehenden Anspruch darstelle, dessen Begründung schon im Schuldverhältnis auf die nachträglich unmögliche Leistung zu finden sei. Auch in dem ähnlich liegenden Fall des § 280 meinen die Motive****): „Es ist klar, daß der Gläubiger, indem er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, bei dem ursprünglichen Schuldverhältnis stehen bleibt und gerade aus diesem seine Rechte geltend macht".

In der Literatur herrscht Uneinigkeit über den Grundgedanken des § 281. Ein Teil der Schriftsteller läßt das Schuldverhältnis mit dem Unmöglichwerden der Leistung erlöschen. †) Ein starrer Verfechter dieser Lehre ist Kisch: gerade dadurch, daß in den §§ 281 und 323 Abs. 2 die Fortdauer des Schuldverhältnisses besonders vorgeschrieben sei, zeige sich, daß grundsätzlich das alte Schuldverhältnis aufgehoben werde. Das commodum vertrete den ursprünglichen Leistungsgegenstand auch nicht in allen Beziehungen. Die Inanspruchnahme des Surrogates sei vielmehr in das Belieben des Gläubigers gestellt.

Eingehender befaßt sich Planck mit dieser Frage. Planck will aus dem Erlöschen der dem ursprünglichen Schuldverhältnis wesentlichen Hauptverpflichtung schließen, daß auch das gesamte Schuldverhältnis erlösche. Das Schuldverhältnis sei „nicht die Summe, sondern die Quelle der Einzelpflichten", und es erlösche nicht erst mit Beendigung der Einzelpflichten, sondern schon mit der Unfähigkeit, neue Einzelpflichten zu erzeugen. An anderer Stelle (§ 323, 7) scheint Planck aber wenigstens die Möglichkeit des Fortbestehens des alten Schuldverhältnisses anerkennen zu wollen. Wenngleich er grundsätzlich ein Fortbestehen nicht befürworten kann, so nimmt er es doch in den Fällen an, in denen der Schuldner noch Gegenleistungen auszutauschen hat. So will er im Falle des § 281 das Schuldverhältnis als „Rest des ursprünglichen" ansehen. ††)

Wie sich ergeben wird, läßt sich Plancks Konstruktion auch mit der Ansicht vereinen, die das Schuldverhältnis trotz des Unmöglichwerdens der Leistung fortbestehen läßt. Daß nach geltendem Recht das Unmöglichwerden der Leistung das Erlöschen des Schuldverhält-

*) II 1 § 47, II D 16, III 1. 35 § 4 D 18, 1.
**) Mugdan, II S. 252
***) II S. 46.
****) II S. 50
†) So Planck § 275, 3; § 323, 7; Kisch, Krit. V. 44 524; Hartmann, die Obligation S. 172; Eckstein, der Untergang der Obligation S. 390 ff.; Dernburg, Lehrbuch S. 151; Neuerdings Dölle a. a. O.
††) Zu demselben Ergebnis wie Planck kommt auch Eckstein a. a. O.

nisses zur Folge habe, ist wohl auf die aus dem Römischen Recht übernommene Anschauung zurückzuführen, daß das Schuldverhältnis mit dem Eintritt der Unmöglichkeit zwangsläufig ein Ende haben müsse. So sagt Meineidam*) für den Fall des § 306 ausdrücklich: „Die Nichtigkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Schuldverhältnisses ist ein Gebot der Logik. Denn das Recht kann nichts zur Erfüllung vorschreiben, was in sich selbst eine Erfüllung ausschließt". Dasselbe meinen auch wohl die Motive,**) wenn sie sagen, daß die Vernichtungswirkung der Unmöglichkeit „aus der Natur der Sache" folge.

Richtig ist aber nur der Satz: Eine Leistung, deren Erbringung unmöglich ist, gibt es nicht. Da die Leistung vom Schuldner zu entrichten ist, kann allerdings kein Gesetz diesen Satz ändern. Daß aber auch ein Schuldverhältnis mit unmöglichem Inhalt nichtig sein soll, wird weder durch die Natur der Sache noch durch die Logik erfordert.***) Weder bei anfänglicher noch bei nachträglicher Unmöglichkeit wird man es erzwingen können, daß etwas Unmögliches doch zustande kommt. Diese Forderung wäre allerdings mit Natur oder Logik nicht in Einklang zu bringen. Es ist aber doch etwas anderes, ob eine Leistungspflicht des Schuldners nicht entsteht oder wieder erlischt, oder ob ein Rechtsverhältnis überhaupt keine Gültigkeit erlangt. Besonders bei der nachfolgenden Unmöglichkeit ist ja auch das Schuldverhältnis nicht in jedem Falle nichtig, sondern kann u. U. wirksam bleiben. Zumal beim gegenseitigen Vertrage (§§ 323 ff.) kann gegebenenfalls noch der Anspruch auf die Gegenleistung voll oder gemindert geltend gemacht werden. Der Gläubiger kann vom Vertrage zurücktreten. Er kann aber auch bei ihm bestehen bleiben. Der Gesetzgeber kann ohne einen Verstoß gegen Natur oder Logik bestimmen, daß seine Anordnungen auch im Falle der Unmöglichkeit Geltung haben sollen. „Der Logik ist es gleich, ob das Recht den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag gültig sein läßt oder nicht."****)

Die entgegengesetzte Ansicht ist besonders dann ausgeschlossen, wenn man mit Stammler Schuldverhältnisse als „rechtliche Sonderverbindungen unter Privaten zu bestimmtem sozialen Zusammenwirken" auffaßt.†) Stammler sieht diese „Verbindungsrechte" im Gegensatz zu den „Ausschließungsrechten", bei denen die Regelung des gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen hauptsächlich darin besteht, daß „der Eine die Anderen von etwas ausschließen darf". Mit dieser Begriffsbestimmung nähert sich Stammler wohl dem, was auch sonst mit „Schuldverhältnis als Organismus" bezeichnet wird.††) Zum mindesten bei allen vertraglichen Schuld-

*) Unmöglichkeit S. 38.
**) II, S. 45,
***) Ebenso Fischer, Unmöglichkeit S. 232; Römer, Ist § 281 BGB usw. S. 366 ff.; Krückmann, Nachlese S. 275 ff.
****) Fischer a. a. O. S. 58 ff.
†) Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse S. 7 ff.
††) Planck Siber, 1 1b er § 241.

verhältnissen kann bei dieser Auffassung nicht davon gesprochen werden, daß Natur oder Logik die Nichtigkeit des Schuldverhältnisses erfordere.

Die Annahme, daß die Sekundärleistung auf dem ursprünglichen Schuldverhältnis beruht, ist jedenfalls die natürlichste und einfachste. Diejenigen Schriftsteller, die das Schuldverhältnis mit dem Unmöglichwerden erlöschen lassen, kommen nicht ohne Schwierigkeit über die Frage hinweg, welches denn der Verpflichtungsgrund für die neuen Ansprüche sei. So soll nach Korschs*) Ansicht § 281 auf einer obligatio ex lege beruhen. Korsch meint, von einem Fortbestehen des alten Schuldverhältnisses könne nicht gesprochen werden, da der Ersatz, „der dem Schuldner erwächst, aus einem ganz anderen Rechtsverhältnis entstamme und in keiner Beziehung zu dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Vertrage stehe". Es handele sich hierbei höchstens um eine Fiktion.

Dieser Angriff kann aber nicht die entgegengesetzte Auffassung erschüttern. Das Schuldverhältnis wird durch *bestimmte Personen* festgelegt. Wenn nun auch die ursprüngliche Leistung unmöglich und daher eine andere geschuldet wird, so schuldet sie doch derselbe Schuldner und kann sie derselbe Gläubiger fordern. Woher der Ersatz stammt, ist dabei gleichgültig. Auch der Zweck, der verfolgt wird, ist derselbe. Dem Gläubiger soll auf irgend eine Art Befriedigung werden, gegebenenfalls soll er aber zur Gegenleistung verpflichtet bleiben. Hierbei ist weder eine obligatio ex lege noch das Verschulden des Schuldners (wie von anderen angenommen, vgl. Römer a. a. O. S. 366 ff.) als neuer Verpflichtungsgrund anzunehmen. Jedenfalls muß der andernfalls eintretende Zwang schon stutzig machen, die nächstliegendste Betrachtungsweise, § 281 stehe auf dem Boden des alten Schuldverhältnisses, außer Acht zu lassen und zu einer Aushilfe zu greifen.

Auch die Auffassung der Motive, der § 281 beruhe auf einer stillschweigenden Parteivereinbarung, ist bedenklich. Zutreffend weist Krückmann**) daraufhin, daß diese Lehre an den gegebenen Tatsachen keine Stütze finde. Zum andern würde ein Haftungsversprechen den Gedanken des gesamten Schuldrechts widersprechen. Es wäre auch eine ungerechtfertigte Beeinflussung des Parteiwillens, den Beteiligten auf diese Art irgend eine Absicht zu unterschieben***).

*Manigk*****) sieht den Rechtsgrund in der Haftung der Parteien für den Erklärungswert ihrer Erklärung, sie sei weder rechtsgeschäftlicher noch deliktischer Natur. Dem Empfänger einer Erklärung sei eine gesetzliche Sicherheit hinsichtlich der Wirkung der ihm zugehenden Willenserklärung zu Gute zu halten. Wenn Manigk auch den der Vorschrift zugrunde liegenden rechtspolitischen Gedanken richtig wiedergeben mag, so sprechen doch für das Fortbestehen der ursprünglichen Leistung andere gewichtige Gründe:

*) Der Anspruch auf das Surrogat S. 1 ff.
**) a. a. O. S. 233 ff.
***) ähnlich F. Leonhardt, Verschulden beim Vertragsschluß S. 35 und Titze, Unmöglichkeit S. 247, 251.
****) Willenserklärung und Willensgeschäft S. 499.

Zu der entgegengesetzten Auffassung kann allerdings leicht der Satz des Römischen Rechts verleiten: Impossibilium nulla obligatio est *). Aber schon nach römischer Auffassung beruhten die Sekundäransprüche auf dem ursprünglichen Schuldverhältnis. Zweifellos, was die nachträgliche Unmöglichkeit betrifft. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit verschuldet oder haftet er auch ohne Verschulden, hat der Gläubiger einen Anspruch auf das Interesse. Andernfalls hat er das commodum herauszugeben. „Das Verhältnis ist nicht etwa so zu denken, daß das bisher entstandene Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsrecht gegen diesen begründet worden sei, sondern das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist das alte" **). Hierfür spricht auch folgende Stelle: „Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris esse periculum placet eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae; aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedili habuisset ei praestaret" ***).

Aber auch für die ursprüngliche Unmöglichkeit lassen sich im Römischen Recht Spezialfälle aufweisen, aus denen hervorgeht, daß die Sekundärleistungen auf dem Boden des ursprünglichen Schuldverhältnisses stehen. So verweist Fischer ****) auf die römische Regelung der Alternativobligation. Da der Wahlberechtigte zwischen zwei Gegenständen die Wahl haben soll, muß die Leistung schon bei Unmöglichkeit einer Leistung überhaupt unmöglich sein. Bei ursprünglicher Unmöglichkeit kann demnach der Berechtigte den vorhandenen Gegenstand oder Schadensersatz verlangen. Von einer Nichtigkeit kann keine Rede sein. Auch der Kauf einer nicht vorhandenen Forderung ist nach Römischem Recht keinesfalls nichtig". Qui nomen quale fuit vendidit dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur †)". Ein solcher Kauf ist aber ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag.

Für die Fortdauer des Schuldverhältnisses sprechen neben den erwähnten auch bedeutsame Gründe anderer Art. Dafür, daß bei anfänglicher Unmöglichkeit das Schuldverhältnis nicht immer nichtig zu sein braucht, lassen sich für das geltende Recht die von Fischer für das Römische Recht angeführten Fälle heranziehen ††). Nach § 265 ist die Wahlschuld auch heute gültig, wenn eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder unmöglich wird. Ebenso muß es mit dem Kauf einer nichtbestehenden Forderung gehalten werden. Denn welchen Sinn sollte sonst die Vorschrift des § 437 haben?

*) 185 D de R. l. 50 17.
**) Windscheid II § 624 A 7
***) Aus 1 13 und 14 de per. et. comm. rei vend. 18 6; vgl. hierzu auch Kleineidam a. a. O. S. 114 ff.
****) a. a. O. S. 64 f.
†) 1 74 § 3 D de evict. 22, 2.
††) Fischer a. a. O.

Nun bestimmt allerdings § 306: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig". Auffallend ist dabei aber, daß die §§ 307 und 308 dem von § 306 nichtig genannten Vertrag eine rechtliche Wirkung beilegen. Dieser „nichtige" Vertrag hat eine wesentliche Bedeutung, die von einem rechtlichen Nichts nicht die Rede sein läßt. Erklären läßt sich diese Unstimmigkeit zutreffend mit Krückmanns Worten*): „Man kann höchstens aus § 307 folgern, daß § 306 unvorsichtig formuliert sei. Dies trifft allerdings zu, aber der viel zu weit gehende Ausdruck des § 306 wird sofort sachlich durch den § 307 korrigiert. Gegenüber der sachlichen Bedeutung vom § 307 kommt die formelle Redaktion des § 306 nicht auf . . . Die Worte des § 306 werden durch die Taten des § 307 widerlegt". Krückmann will den § 306 daher mit Recht so verstehen: Die Verpflichtung auf eine unmögliche Leistung ist nichtig**).

Wenn demnach schon die anfängliche Unmöglichkeit auch im geltenden Recht nicht in jedem Fall die völlige Nichtigkeit des Schuldverhältnisses zur Folge hat, so ist es einleuchtend, daß dies bei der nachfolgenden Unmöglichkeit in noch viel geringerem Grade der Fall sein muß, der § 281 vielmehr das Fortbestehen des ursprünglichen Schuldverhältnisses voraussetzt.

Daß das Römische Recht trotz Unmöglichwerdens das Schuldverhältnis nicht erlöschen läßt, wurde schon bemerkt. Die Motive***) sagen hierzu folgendes: „Es ist doktrinär und nicht ganz unbedenklich, vom Fortbestand der Verbindlichkeit zu reden, da, so wichtig die Annahme der Fortdauer der Obligation ist, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz jedenfalls einen anderen Gegenstand hat . . . Der Ausdruck: Verwandlung der ursprünglichen Obligation erzeugt umgekehrt den Anschein, daß die alte Obligation erloschen und durch eine neue ersetzt sei". Auch die Motive rechnen also mit dem Fortbestehen des alten Schuldverhältnisses, allerdings mit einem anderen Inhalt.

Ebenso scheint uns der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen für diese Ansicht zu sprechen. Die Vorschrift des § 323 Abs. 2, die den § 281 heranzieht, bestimmt, daß der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet „bleibt". Das Wort „bleiben" knüpft aber an etwas früher Bestehendes an. Die Verpflichtung kann demnach niemals zu bestehen aufgehört haben. Auffallend, wenn auch nicht entscheidend, ist auch die Tatsache, daß das Gesetz die Unmöglichkeit und ihre Folgen in dem Abschnitt „Inhalt der Schuldverhältnisse" geregelt hat. Im Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse" ist nichts darüber zu lesen****).

---

*) a. a. O. S. 275.

**) Vgl. auch die Motive II S. 179: Nicht entschieden sei die Frage, ob die Haftung für das Interesse eine Haftung aus Delikt oder wegen Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten sei.

***) Motive II S. 50.

****) Titze, Unmöglichkeit S. 101 ff.

Für Titze, der ein eifriger Verfechter der hier vertretenen Auffassung ist,*) ist das Hauptargument für das Fortbestehen des ursprünglichen Schuldverhältnisses die Vorschrift des § 281 selbst: Gerade aus dieser Vorschrift ergebe sich mit Klarheit, daß das Unmöglichwerden der Leistung niemals Erlöschen, sondern nur „Reduktion des Inhalts der Obligation" zur Folge habe. Man wird auch nicht umhin können, einen klaren Widerspruch in den Vorschriften der §§ 275 und 281 zu finden, wenn man mit dem Unmöglichwerden das Schuldverhältnis erlöschen läßt. Denn das Gesetz läßt im § 281 zweifellos Wirkungen zwischen den Parteien entstehen. Eine ähnliche Feststellung läßt sich bei der Vorschrift des § 280 machen. Bei dieser Bestimmung hat die Annahme noch einige Wahrscheinlichkeit für sich, daß die Haftung des Schuldners in seinem Verschulden begründet sein könnte. Die Wirkung des § 281 läßt sich aus keinem Umstand herleiten, der eine Verpflichtung des Schuldners zu begründen geeignet ist.

Aehnliches läßt sich den Vorschriften der §§ 323 ff. entnehmen. § 325 gibt der Gegenseite die Möglichkeit, bei Unmöglichwerden der Leistung zurückzutreten. Sie braucht es aber nicht zu tun. Solchenfalls kann sie demgemäß den ihr verbleibenden Schadensersatzanspruch nur aus dem Vertrage geltend machen, der also fortbestehen muß**). Verlangt der andere Teil aber Ersatz, bleibt er zur Gegenleistung gemäß § 323 Abs. 2 verpflichtet. Alle diese Vorschriften könnten nur schwer eine Erklärung finden, wenn das Unmöglichwerden tatsächlich ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nach sich ziehen würde.

Auf die Schwierigkeiten in der Konstruktion, auf die die Gegner bei Außerachtlassung des natürlichsten und einfachsten Weges kommen, wurde schon hingewiesen. Was sollte denn auch anderes als Verpflichtungsgrund des § 281 gedacht werden als das ursprüngliche Schuldverhältnis, zumal weder Natur noch Logik sein Erlöschen fordern. Die Richtigkeit dieser Auffassung bezeugt auch folgender Fall: Die Leistung wird dem Schuldner aus irgend einem Grunde, z. B. weil die zu liefernde Sache in die Hand eines Dritten gelangt ist, unmöglich. Später wird die Unmöglichkeit dadurch behoben, daß der Schuldner in der Lage ist, sich die Sache wieder zu beschaffen. Die Gegner müßten jetzt folgern, daß das Schuldverhältnis wieder auflebt, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden.***) Aber wodurch soll das Wiederaufleben herbeigeführt werden? Daß dies durch Handlungen der Parteien geschehen könnte, ist wenig wahrscheinlich, wird auch nicht immer der Fall sein. Wenigstens könnte sich ein böswilliger Schuldner leicht seinen Pflichten entziehen. Daß aber das Schuldverhältnis durch das Gesetz selbst zum Wiederaufleben gebracht und eine Haftung des Schuldners statuiert wird, ist oben schon abgelehnt worden.

*) Titze a. a. O. S. 114 ff.; Ebenso Römer a. a O. S. 366 ff.; Matthiaß, Lehrbuch § 84; Lesser, Inhalt der Leistungspflicht S. 80 ff.; Seefried, der § 281 S. 24 ff.

**) Vgl. hierzu auch Lesser a. a. O. S. 119f.

***) Vgl. Eckstein a. a. O., S. 390 ff.

Hinzu kommt, daß die Auffassung der Gegner zu beträchtlichen Unbilligkeiten führt. Von verschiedenen Seiten *) wird darauf hingewiesen, daß eine Weiterhaftung von Bürgen, Pfändern und Vertragsstrafen erforderlich scheint. Die Notwendigkeit geben auch die Gegner **) zu. Und zwar kann nur eine vertragliche, nicht eine Haftung aus unerlaubter Handlung alle Härten vermeiden. Auch die Frage der Verjährung weist auf dieselbe Behandlung hin. Das Rechtsverhältnis besteht zwischen denselben Personen und erstrebt denselben Zweck. Weshalb sollte die Verjährung in dem einen Fall eine andere sein als in dem anderen? Nähme man eine Haftung aus Delikt an, müßte man folgerichtig die Verjährungsfrist auf 3 Jahre bemessen.

Hinzugefügt mag noch werden, daß dem Anspruch des Gläubigers dem Schuldner gegenüber bei einem Fortbestehen des Schuldverhältnisses mehr Nachdruck verliehen wird. Der Schuldner wird genötigt, die Leistung ordnungsmäßig zu entrichten, da er sonst Gefahr läuft, sich einer Vertragsverletzung schuldig zu machen. „Wird durch die Unmöglichkeit der Leistung und den damit verbundenen Wegfall des Anspruchs auf Naturalerfüllung der Inhalt des Schuldverhältnisses auf Null reduziert, dann macht es allerdings keinen Unterschied aus, ob man letzteres zufolge der Unmöglichkeit der Leistung als aufgehoben oder bloß als inhaltslos ansehen will. Bleibt aber für das Schuldverhältnis trotz der kasuellen Unmöglichkeit der Leistung ein Inhalt übrig, sei es nun, daß sich der Schuldner noch nach Eintritt der Unmöglichkeit einer culpa schuldig macht, aus der dem Gläubiger ein Schadenersatzanspruch erwächst, oder sei es, daß er ein commodum erhalten hat, so gewinnt die verschiedene Betrachtungsweise praktische Bedeutung, in dem dann nach der hier vertretenen Auffassung einfach das alte Schuldverhältnis weiter funktioniert, während die Ansicht der Gegner in dem einen Fall zu unbilligen Ergebnissen, in dem anderen zu konstruktiven Schwierigkeiten führt". ***)

Eine weitere Frage ist demnach, wie das Fortbestehen des Schuldverhältnisses rechtlich zu denken ist. Es gibt hier drei Möglichkeiten, ****) die auch von verschiedenen Schriftstellern vertreten worden sind:

1. Der Schuldner wird beim Unmöglichwerden der Leistung befreit, aber unter der auflösenden Bedingung, daß der Gläubiger

*) Titze a. a. O. S. 114 ff., Krit. V. 45, 380 f.; Krückmann a. a. O. S. 233 ff., der die Unbilligkeit an verschiedenen Beispielen aus R.-G. Entscheidungen zeigt, Fischer a. a. O. S. 58f.

**) So Eckstein a. a. O. S. 390 ff.

***) Titze a. a. O. S. 114 ff.

****) Nach Oertmann zu § 323.

anstelle der Primärleistung den eintretenden Ersatz beansprucht. (So Kleineidam S. 139).

2. Das ursprüngliche Schuldverhältnis besteht fort, allerdings mit geändertem Inhalt. Der Gläubiger kann das Schuldverhältnis aber zum Erlöschen bringen, indem er die Ersatzleistung zurückweist. Hier wäre die Aufhebung aufschiebend bedingt. (So wohl Crome S. 184).

3. Es tritt ein Schwebezustand ein, die Aufhebung tritt bei Erlangung eines Ersatzes nicht ein, solange der Gläubiger sich noch nicht entschieden hat (so Oertmann zu § 323).

Der Verfasser hält die Konstruktion Oertmanns für zutreffend. Die Annahme der Aufhebung des Schuldverhältnisses widerspricht den bisherigen Ausführungen. Es findet weder eine völlige noch eine auflösend bedingte Aufhebung statt. Wenn das Schuldverhältnis fortdauert, dann besteht es ohne Unterbrechung fort und tritt nicht etwa erst später wieder in Kraft. Es wurde auch schon darauf hingewiesen, daß ein Grund für das Wiederaufleben schwer denkbar ist.

Auch die Annahme einer aufschiebend bedingten Aufhebung entfällt damit. Die Befreiung des Schuldners und somit die Aufhebung des Schuldverhältnisses ist nach dem Gesetz nicht dadurch bedingt, ob der Gläubiger den Ersatzanspruch geltend macht oder nicht. Das Verhältnis ist eher so zu denken, daß die Nichtbefreiung des Schuldners, also das Fortbestehen des Schuldverhältnisses davon abhängt, daß der Gläubiger die Ersatzleistung beansprucht. *)

Vielmehr ist mit den obigen Ausführungen daran festzuhalten, daß das Schuldverhältnis ruhig und durch keine Bedingung beeinflußt fortbesteht. Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird allerdings insofern ein anderer, als die ursprüngliche Leistung nicht mehr verlangt werden kann. — Danach beruht die Vorschrift des § 281 auf dem Gedanken, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis fortdauert, aber einer Umwandlung nach der in § 281 bestimmten Richtung fähig ist.

3. Abschnitt.

Der Herausgabeanspruch des Eigentümers.

Schwieriger als bei der Vorschrift des § 281 ist die rechtliche Konstruktion bei der Eigentumsklage. Da die Anwendung zweier Vorschriften aufeinander das Vorhandensein wesensgleicher Züge voraussetzt, darf die Natur der Eigentumsklage dem im vorigen Abschnitt festgestellten Grundgedanken des § 281 nicht widersprechen. Sowohl die dem Berechtigten in dem § 985 als in den § 987 ff. gewährten Ansprüche setzen auf Seiten des Klägers Eigentum voraus. Besonders für den Fall des bösgläubigen Besitzers wird durch die letztgenannten Vorschriften der Eindruck erweckt, daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers einer Umwandlung fähig sei oder daß

*) Oertmann a. a. O.

wenigstens eine Umwandlungsmöglichkeit bestehe, so zwar, daß die Richtung des Anspruchs nicht mehr auf die Sache selbst, sondern auf Leistung von Schadensersatz oder auf Herausgabe von Nutzungen oder Früchten geht. Die eine reine Sachhaftung verfolgende Klage des Eigentümers scheint sich somit in eine solche mit einer auch das übrige Vermögen des Verpflichteten ergreifenden Wirkung umzuwandeln. Es wird sich nicht leugnen lassen, daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers durch Anwendung des § 281 ebenfalls mit über die reine Sachhaftung hinausgehenden Elementen durchgesetzt würde.

Zur Klarlegung des Wesens des Eigentumsanspruchs wird es des Eingehens auf das dem Anspruch zu Grunde liegende Eigentumsrecht bedürfen, da das Wesen des Anspruchs fest mit dem des Rechts, des Eigentums, zusammenhängt. Wie die Eigenart des Rechts selbst, so auch die des zum Schutze dieses Rechts gegebenen Anspruchs.

I

Auf zwei Wurzeln — allerdings ungleich stark beeinflußt — läßt sich die Auffassung des heutigen Rechts über das Eigentum zurückführen. Das Römische und das Germanische Recht haben die Grundlagen für den heutigen Eigentumsbegriff geschaffen. Das Römische Recht stellt im Gegensatz zum Germanischen ein individualistisch ausgebautes „Herrenrecht“ *) dar, das auf dem Prinzip des Zwanges aufgebaut ist. Den Ausgangspunkt bildet die körperliche Sache, wie sie von Natur gegeben ist, ohne die für das ältere deutsche Recht und das heutige Recht bedeutungsvolle Scheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die Sache wird durch ein stetiges, dauerndes Rechtsverhältnis in feste Beziehung zu einer Person gebracht. Ein Eigentum an nicht körperlichen Sachen kennt der Römer nicht. „Corporales res sunt, quae sua natura tangi possunt“. **) Die rein persönlichen Beziehungen treten dabei — wenigstens im Anfang — völlig zurück. Allein die Sache selbst ist maßgeblich. Sie soll in Beziehung zum Eigentümer gebracht werden und ein solches Machtverhältnis gewähren, daß der Eigentümer seine Befugnisse ausüben, die ihm rechtlich gewährte Macht genießen kann. Auch in der Frage der Haftung steht die Sache im Vordergrund, ja ist sogar anfangs allein Haftungsobjekt. Das sonstige Vermögen des Beklagten bleibt unberührt. Nur die Sache soll mittels der rei vindicatio wieder in die Machtsphäre des Eigentümers gebracht werden, aus der sie der Beklagte verdrängt hatte.

Hierauf beruht im wesentlichen auch die scharfe Grenze, die das Römische Recht zwischen Sachenrecht und Schuldrecht zieht, die Einteilung in dingliche und persönliche Klagen. Diese Auffassung findet in dem Unterschied des Verfahrens gegen die Sache, das „non personam obligat, sed rem persequitur“, ***) von dem Verfahren

*) Hedemann, Sachenrecht. S. 52.
**) Institutiones II, 2, 1.
***) Cod. VIII, 31, 2; vgl. auch Instit. IV, 6, 1.

gegen die Person ihren Ausdruck. „Namque agit unusquisque cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis . . . .“

Wie nach außen durch eine scharfe Abgrenzung, so ist das römische Eigentum auch nach innen durch starke Zusammenfassung gekennzeichnet. Das wirkt sich auch in der Ablehnung jedes Schutzes des gutgläubigen Erwerbers aus. Von jedem, auch dem Gutgläubigen, konnte der Römer seine Sache mittels der rei vindicatio herausverlangen, ohne ein Gegenmittel des Besitzers befürchten zu müssen. „Ubi rem meam invenio, ibi vindico.“ Andererseits ist die schon erwähnte für die Folge wichtige Tatsache nicht zu vergessen, daß der strengen Klage des Eigentümers ursprünglich und grundsätzlich eine Haftung des Besitzers ausschließlich mit der Sache entsprach, ohne Berücksichtigung seines sonstigen Vermögens.

Ganz anders das Germanische Recht. Durch seine Gegenüberstellung mit dem Römischen Recht klären sich die Gedanken, die für das behandelte Problem bedeutungsvoll sind. Vorangestellt sei der für die vorliegende Abhandlung wichtige Punkt, daß das Germanische Recht den scharfen Gegensatz des Römischen Rechts zwischen Person und Sache nicht kannte. Dieselbe Klage war für beide Fälle gegeben. Die Klage um Gut bezog sich sowohl auf dingliche als auch auf persönliche Ansprüche, soweit sie auch heute nach § 43 K. O. Aussonderungsrecht genießen. Die persönliche Klage stand somit nicht wie im Römischen Recht im Gegensatz zur dinglichen Klage. Das Germanische Recht unterscheidet freilich ebenfalls von der genannten Klage die Klage um Schuld *).

Dementsprechend weiß das Germanische Recht auch nichts von der unumschränkten Machtbefugnis des Eigentümers. Da das deutsche Eigentum mit öffentlichen Elementen durchsetzt war, setzte es nicht die Rechte des Eigentümers über die der Umwelt, sondern ordnete ihn in die Reihe seiner Mitmenschen ein. Keiner soll eine unumschränkte Befugnis haben, der Eigentümer ist „nur Einer unter Anderen“. **) Es ist der heute im Art. 153 der Reichsverfassung wiederkehrende Gedanke, daß das Eigentum den einzelnen Eigentümer der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet. „Es ist nicht zum Mißbrauch, sondern zum rechten Gebrauch verliehen. Seinen Inhalt bildet nicht eine willkürliche, sondern rechtlich geordnete Macht.“ ***)

In derselben Richtung liegt es, wenn gemäß der freieren Gestaltung das Germanische Recht eine Verschiedenheit zwischen dem Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen kennt und das Grundeigentum auch anders behandelt als das Eigentum an beweglichen Sachen. Das deutsche Eigentum ist eben kein stetiger, abstrakter Begriff. Es bildet sich ferner der Begriff des geteilten

*) Sachsenspiegel I, 70, § 1, 2.
**) Hedemann a. a. O., § 6 IIIb.
***) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht II § 120.

Eigentums heraus. Ober- und Untereigentum, Voll- und Mindereigentum treten einander gegenüber und gleichen sich den für die Entwickelung der deutschen Geschichte bedeutungsvollen Rechtsinstituten wie dem Lehnswesen und sonstigen Verhältnissen in der damaligen Agrarverfassung an. Der deutsche Eigentumsbegriff umfaßt sogar die übrigen dinglichen Rechte, er erstreckt sich auch auf unkörperliche Gegenstände. Nicht zu vergessen sind die auch das heutige Recht durchziehenden Gedanken des Rechtsscheins und des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers.

Nun ist allerdings auch das Römische Recht in seiner weiteren Entwickelung nicht bei dem reinen Gedanken der rei vindicatio stehengeblieben, dem die ausschließliche, unmittelbare Sachhaftung des Besitzers entsprach und der von der Person des Besitzers absah. Angedeutet wurde diese Entwickelung schon im corpus iuris, das die rei vindicatio mit obligatorischen Elementen in Zusammenhang bringt. Nach und nach tritt die Person des Besitzers mehr in den Vordergrund. Der Besitzer wird durch ein persönliches Rechtsverhältnis mit dem Eigentümer verbunden. Es finden sich die Ansprüche, die das geltende Recht dem Eigentümer in den §§ 987 ff. gewährt: der bösgläubige Besitzer haftet persönlich für Verschulden, weitergehend wird für den Prozeßbesitzer überhaupt eine Verantwortlichkeit festgesetzt. *) Auch zur Herausgabe der gezogenen Früchte wird der Besitzer verpflichtet. **) Aus dieser Entwicklung heraus ist es verständlich, daß, besonders im Gemeinen Recht, ein Streit darüber entstand, ob man bei der rei vindicatio überhaupt noch von einer dinglichen Klage sprechen könne oder ob sie eine persönliche Klage geworden sei. ***) Dieser Streit, der auch heute noch nicht als abgetan gelten kann, hat durchaus nicht nur theoretische Bedeutung, wie die vorliegende Arbeit zeigen soll.

Ein Markstein in der Wandlung des Eigentums und des Eigentumsschutzes ist das Preußische Allgemeine Landrecht. Das A. L. R. hat die Gedanken des Germanischen Rechts fortgeführt. Es lehnt den engen Sachbegriff des Römischen Rechts ab und erkennt alles, „was entweder von Natur oder durch Uebereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann," ****) als Sache an. Gegenstand des Eigentums kann alles sein, „was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann". †) Die starre Abgrenzung des Sachenrechts ist gefallen und das ius ad rem wird ein Bindeglied zum Schuldrecht. Durch Publizitätsmittel, Besitz und Eintragung, kann ein persönliches Recht verdinglicht werden. Auch hier zeigt sich die allgemeine Tendenz, die ursprünglich rein dinglichen Verhältnisse mit persön-

*) D VI 1, 36 und 45.
**) D VI 1, 15, 3.
***) Vgl. etwa Rümelin, Obligation und Haftung Arch. Ziv. 68, 196 ff., der den dinglichen Anspruch als Obligation auffaßt.
****) A. L. R. § 3 I 2.
†) A. L. R. § 2 1 8.

lichen Momenten zu verbinden. Es darf aber nicht übersehen werden, daß in keinem Punkt der Entwickelung die Eigentumsklage zu einer rein persönlichen Klage geworden ist.

II.

Das BGB. konnte demgemäß zwei ganz verschiedene Gesichtspunkte seiner Regelung des Eigentumsbegriffs zu Grunde legen. In der Rechtslehre ist auch heute noch sehr umstritten, welche Anschauungsweise das geltende Recht sich zu eigen gemacht habe. Da hierüber eine umfassende Literatur vorhanden ist, deren eingehende Behandlung über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde, soll hier nur eine Auseinandersetzung mit den modernen Gedankengängen stattfinden.

Fuchs,*) ein überzeugter Gegner der Römischen Theorie, ist dem starren römischen Eigentumsbegriff abhold. Er nimmt auch für das geltende Recht ein freieres Prinzip in Anspruch: Es widerspreche dem Wesen des subjektiven Rechts, einen Unterschied zwischen Sachen- und Personenrecht darin zu finden, daß bei dem einen die Sache, bei dem anderen die Person verpflichtet werde. Die Rechtsordnung wende sich mit ihren Befehlen nur gegen Menschen, nicht gegen Dinge. Das Wesen der Dinglichkeit könne nicht in der Unmittelbarkeit der Herrschaft einer Person über die Sache liegen; denn wenn der Eigentümer seine Herrschaft „betätigen" wolle, um sein Recht zu verwirklichen, so könne von einer unmittelbaren Herrschaft über die Sache bei dem dinglichen Berechtigten ebenso wenig die Rede sein wie bei dem persönlich Berechtigten. „Die Sache, die ihm vorenthalten wird, beherrscht der Eigentümer nicht unmittelbarer als der Käufer." Beide unterschieden sich nur dadurch, daß der eine gegen jeden Besitzer, der andere nur gegen eine bestimmte Person vorgehen könne.

Dieser Auffassung entsprechend sieht Fuchs das Wesen der Dinglichkeit nicht in der Unmittelbarkeit der Herrschaft des Berechtigten über die Sache, sondern in der Absolutheit des Klagschutzes und gleicht damit das Sachen dem Obligationsrecht erheblich an. Fuchs faßt den § 90, der eine Erläuterung des Begriffes „Sache" gibt, nur als Sprachregel auf, dehnt ihn aber aus, wo es ihm angängig erscheint. Die terminologischen und systematischen Grenzen des Sachenrechts erweitern sich somit für ihn.

Wie schon erwähnt, vertritt neuerdings auch Dölle**) eine ähnliche Ansicht wie Fuchs. Er glaubt es mit modernen Anschauungen nur vereinbaren zu können, den Eigentümer als „Herausgabegläubiger" und den Besitzer als „Herausgabeschuldner" zu bezeichnen.

Fuchs scheint uns aber die herrschende Auslegung des § 90 nicht erschüttert zu haben. Vielmehr hat die römische Auffassung des dinglichen Rechts im BGB. grundsätzlich Geltung erlangt. „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände", lautet § 90. Für das Sachenrecht folgt daraus, daß die Sache in den

*) Grundbegriffe S. 18 ff.
**) a. a. O. S. 22 ff.

Vordergrund tritt. Denn einmal spricht die von der herrschenden Lehre angeführte Vorschrift des § 1085, nach der ein Vermögensnießbrauch nicht durch eine einzige Handlung bestellt werden kann, sondern nur an den einzelnen Vermögensgegenständen, durchaus für die Geltung römischer Gedanken im BGB. Wenn Fuchs meint, daß bei einer Auffassung, die dem § 90 mehr Bedeutung zulege als die einer bloßen Sprachregel, dem Gesetz Verkehrs- und Weltfremdheit vorzuwerfen sei, so kann dem nicht beigestimmt werden. Auch die Ansicht, daß Sache im Sinne des Sachenrechts nur die körperliche Sache, nicht aber Sachgesamtheiten sein können, zeitigt billige Ergebnisse, die den Verkehr nicht behindern.

Das erhellt bei einer Durchsicht der Entscheidungen des Reichsgerichts: die Entscheidungen im 53. Band S. 218 und im 68. Band S. 49 verlangen nur, daß bei Pfandrechtsbegründung und Eigentumsübertragung die Sachen im einzelnen genau bestimmt werden müssen. Es soll aber z. B. die Verpfändung „unter der zusammenfassenden Benennung, welche der Verkehr für den Begriff anwendet", geschehen können.*) Auch wenn**) anerkannt wird, daß zur Besitzerlangung im § 1085 der Erwerb einer tatsächlichen Herrschaft genügt, „die sich auf die einzelnen Sachen in der Gesamtheit bezieht", so ist doch dem Verkehr jede Erleichterung verschafft, die erfoderlich ist. Auch ohne Ausdehnung des § 90, wie Fuchs sie vornimmt, läßt sich erreichen, daß der Besitz nicht an jeder Sache einzeln übergeben werden muß. Daß das Reichsgericht in der Frage des Wesens der Dinglichkeit auf dem Boden der in der Literatur herrschenden Lehre steht, hat es nicht gehindert, verkehrsfreundliche Anschauungen zu vertreten.

Auch daß der Eigentümer zu der ihm vorenthaltenen Sache in keinem anderen Verhältnis wie der Käufer stehe, wie Fuchs meint, daß also bei dem dinglich Berechtigten ebenso wenig von einer unmittelbaren Sachherrschaft die Rede sein könne, wie beim persönlich Berechtigten, kann nicht anerkannt werden. Denn der Eigentümer ist auf Grund seines dinglichen Rechts in eine viel nähere Beziehung zur Sache gesetzt als z. B. ein Käufer. Wenn der Verkäufer anderweit über die Sache verfügt, ist der Käufer auf obligatorische Schadensersatzansprüche angewiesen. Mag aber auch der Eigentümer die ihm vorenthaltene Sache nur mit Hilfe des Gerichts wiedererlangen können, so bleibt sein Recht an der Sache bei einer Verfügung des Besitzers doch bestehen, es sei denn, daß der Erwerber gutgläubig war. Auch wird der Eigentümer im allgemeinen die Besitzschutzansprüche geltend machen können, die dem Käufer in der Regel nicht zustehen werden.

Gerade die Besitzschutzvorschriften lehren im hohen Grade, daß der Eigentümer die Sache beherrscht. Dem Eigentümer ist damit eine Befugnis eingeräumt, die das Gesetz einem Berechtigten nur ausnahmsweise gewährt. Denn er kann sich in der Regel den Besitz der Sache ohne Hilfe des Gerichts wieder verschaffen; er kann sich auch eigenmächtig der Angriffe eines Dritten auf sein Gut erwehren.

*) R. G. 52, 220.
**) J. W. 1916 S. 1117; ebenso R. G. in RGRK. § 1085 N. 1.

Die Sonderstellung des Eigentümers zeigt sich vor allem deutlich im Konkurs. Der Eigentümer kann die ihm gehörende Sache aussondern (§ 43 K. O.). Ein Käufer z. B. ist dagegen bloßer Konkursgläubiger. „Das Kennzeichen des Sachenrechts schlechthin ist die unmittelbare Bindung der Sache an die Person. So wenigstens die dogmatische Prägung des Sachenrechts. In diesem Sinne gehört zur gedanklichen Vorstellung des Eigentums eben nur die beherrschte Sache und der sie beherrschende Eigentümer. Die Mitmenschen scheiden völlig aus, auf das „Ding" konzentriert sich alles, weshalb auch der Ausdruck dingliches Recht statt Sachenrecht gebraucht wird." *)

Gleicher Ansicht sind auch die Motive. **) Durch das obligatorische Recht erhalte der Berechtigte einen Anspruch auf Leistung gegen den Verpflichteten, das dingliche Recht dagegen ergreife die Sache selbst. Nur an körperlichen Sachen, nicht an Sachgesamtheiten und Rechten sei ein dingliches Recht begrifflich denkbar. Entscheidend sei, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erforderlich werde.

Damit soll nun aber nicht gesagt werden, daß die Person vollkommen unberücksichtigt bleibt. Diese extreme Auffassung findet sich allerdings auch in der Literatur. So will von Tuhr ***) die Pflicht nur als „Konsequenz des Rechts" betrachten. Der Schwerpunkt soll im Recht liegen.

Das Richtige liegt u. E. in der Mitte. Es ist Fuchs zuzugeben, daß die Annahme einer Verpflichtung der Sache widersinnig ist. Adressat von Rechtsnormen kann nur der Mensch sein. Sachen können weder Rechte noch Pflichten haben. Sie können nur Gegenstand einer Klage sein. Denn Rechtsnormen erfüllen nur dann einen Zweck, wenn mehrere Menschen vorhanden sind und in Beziehung zu einander treten. Vorher kann nur von einem tatsächlichen Verhältnis gesprochen werden. Es entspricht aber nicht den Gedanken des BGB., eine solche rein tatsächliche Beziehung als Inhalt des Eigentums aufzufassen. Hieraus ergibt sich als notwendige Folgerung, daß sich das Eigentumsrecht gegen Personen richten muß, wohl gegen alle Mitmenschen, die eine Störung des Eigentumsrechts des Berechtigten zu unterlassen haben. ****)

Es ist auch zuzugeben, daß es nicht dem modernen beweglichen Verkehrsbedürfnis entspricht, in letzter Konsequenz des eben Dargelegten das Eigentum als Haben, als etwas Stetiges und Ruhiges aufzufassen. Daß es trotzdem nicht nötig ist, die Vorschrift des § 90 als bloße Sprachregel anzusehen, sondern im Sachenrecht entsprechend

*) Hedemann, Sachenrecht S. 32.
**) Motive III S. 2.
***) a. a. O. II, § 4.
****) Anders allerdings, wenn man wie z. B. Dernburg, Preuß. Privat R. I S. 32, davon ausgeht, daß die Privatrechte von vornherein bestünden, die staatliche Regelung erst später hinzutrete. Dem Verfasser scheint die Auffassung vorzuziehen zu sein, daß den rein tatsächlichen Beziehungen eine Machtbefugnis für den jeweils Berechtigten erst von der Rechtsordnung beigelegt wird. Denn erst von diesem Augenblicke an kann man von rechtlichen Beziehungen sprechen und diesen eine rechtliche Bedeutung beilegen. Vgl. auch Plath a. a. O.

dem § 90 die Sache in den Vordergrund zu stellen, zeigt die verschiedene Betrachtungsmöglichkeit des Eigentums unter dem Gesichtspunkt von „Haben" und „Ausnutzendürfen", wie Hedemann*) sie lehrt. Man kommt der Anschauung von Fuchs entgegen und bringt ein beweglicheres Moment in das Sachenrecht, wenn man das Eigentum nicht so sehr als „Haben" auffaßt, das ruhiges Dahinfließen und Stetigkeit voraussetzt, als mit dem Begriff des „Ausnutzendürfens" einem freieren Prinzip Geltung verschafft. Der Eigentümer ist nicht mehr so Herr über seine Güter, daß er sie nach Belieben zerstören kann, ohne Rücksicht auf die Umwelt.

Die erstere Auffassung, mehr dem Römischen Recht entsprechend, schafft eine bedeutend festere Beziehung des Eigentümers zur Sache. Sie gibt ihm in letzter Konsequenz ein schrankenloses Recht über die Sache, sie nach Belieben zu veräußern, zu belasten, ja sie sogar ohne Rücksicht auf das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Lebensgüter zu vernichten. Neuerdings scheint aber die zweite Betrachtungsweise sich mehr und mehr Geltung verschaffen zu wollen. Besonders tritt dieser Gedanke im modernen Arbeitsrecht hervor, das, zumal im Betriebsrätegesetz die sogenannte „Konstitutionelle Fabrikordnung" gezeitigt hat. Denken mag man in diesem Zusammenhang mit Hedemann auch an die Kartelle und Konzerne, sowie an die fiduziarische Uebereignung, die einen so eminenten Vorstoß gegen die Vorschriften des BGB. über das Pfandrecht enthält, daß sich der Anerkennung dieser Lehre große Widerstände entgegengesetzt haben.

Es hat somit den Anschein, als ob die Rechtsauffassung sich wieder der germanischen Anschauungsweise nähern wollte, die ja gerade den genossenschaftlichen Gedanken — auch beim Eigentum — in den Vordergrund stellte. Die Betrachtung des Eigentums unter dem Gesichtspunkt des Ausnutzendürfens bringt, wie wohl ohne weiteres zugegeben werden muß, ein freieres Moment in das Sachenrecht, da hier die Widerstände, die das Allgemeinwohl der unbeschränkten Macht des Eigentümers entgegensetzt, im besonderem Maße berücksichtigt werden.

Bei beiden Betrachtungsweisen dürfte man jedoch im vorliegenden Fall zu demselben Ergebnis kommen. Denn auch, wer das Eigentum als Ausnutzendürfen auffaßt, kann den Zweck des dinglichen Rechts nur in der unmittelbaren Sachherrschaft sehen. Es ist Hedemann zuzugeben, daß sich die beiden dargestellten Auffassungen gegensätzlich nicht auszuschließen brauchen, nur wird man je nach der persönlichen Einstellung das Haben oder das Ausnutzendürfen in den Vordergrund schieben. Die zweite Auffassung ist allerdings wohl eher dazu geeignet, die Anwendung von Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse zu ermöglichen. Andererseits verwischt auch die zweite Betrachtungsweise nicht den Gegensatz zwischen Sachen- und Schuldrecht, sie mildert ihn nur. Auch heute noch muß daher die unmittelbare Sachherrschaft als Zweck des dinglichen Eigentumsrechts angesehen werden.

*) Sachenrecht S. 61.; Recht und Wirtschaft, XI S. 585.

III.

Die Erkenntnis des Wesens des Eigentumsherausgabeanspruchs wird ferner durch Gegenüberstellung mit den persönlichen Ansprüchen erleichtert. Gerade weil die persönlichen Ansprüche nach unserer Auffassung auch heute noch im Gegensatz zu den dinglichen Ansprüchen stehen, sollen sie insoweit herangezogen werden, als sie die Eigenart des Eigentumsherausgabeanspruches erkennen lassen; diese Unterscheidung hat u. E. nicht nur theoretische, sondern durchaus praktische Bedeutung. In der Literatur wird der Streit unter der Bezeichnung: Verschiedenheit oder Gleichartigkeit der persönlichen und dinglichen Ansprüche geführt. Er wurde oben schon berührt. Ein genaueres Eingehen auf den Streit würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Eine umfangreiche Literaturangabe findet sich bei Oertmann. *) Die Frage soll aber im Zusammenhang nochmals erörtert werden, da eine Stellungnahme zur Entscheidung erforderlich ist.

Affolter **) und Wendt *) halten beide Arten von Ansprüchen** für gleichartig. Wendt tritt für die allgemeine Anwendbarkeit der Schuldrechtsnormen auf sachenrechtliche Verhältnisse ein. Dadurch erklärt sich auch seine Auffassung. Hellwig ****) lehnt den Gedanken ab, daß der dingliche Anspruch mit dem dinglichen Recht identisch sei. Der dingliche Anspruch sei ebenso wie die anderen Ansprüche des BGB. eine „Verbindlichkeit". Die Verletzung des Eigentumsrechts sei der Grund für den Eigentumsanspruch, sodaß zwischen ihm und dem persönlichen Anspruch kein Gegensatz bestehe.

Eine Mittelmeinung vertritt Planck-Siber. †) Er hält die aus den dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen entspringenden Ansprüche grundsätzlich für gleichartig. Er macht allerdings insofern eine Einschränkung, als die dinglichen Ansprüche im Ursprung von den schuldrechtlichen verschieden sein sollen. Inhalt und Leistungsgegenstand seien aber gleichartig. Auch die Haftung sei bei beiden Arten von Ansprüchen insofern die gleiche, als in beiden Fällen der Beklagte mit seinem ganzen Vermögen haste. ††) Einen versöhnlichen Standpunkt vertritt auch Enneccerus. †††) Er findet zwar einen Unterschied in der Abhängigkeit des dinglichen Anspruchs, besonders des auf Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes gerichteten, von dem dinglichen Rechte. Die Frage sei jedoch nur eine terminologische, da man den dinglichen Anspruch als Forderung auffassen könne, auf die gewissen Regeln über Forderungen wegen ihrer besonderen Natur die Anwendung versagt werden müsse. ††††)

*) Oertmann III c 3 vor § 241.
**) System S. 154.
***) Die exceptio doli generalis, S. 36 ff.
****) Anspruch und Klagrecht S. 30 ff.
†) Schuldverhältnis 1914, II, vor § 241; ebenso Silber in Rechtszwang S. 89 ff.
††) a. a. O. II 2 a.
†††) a. a. O. I 1, § 204 II 4 u. 1, 2 § 235 I 2.
††††) I, 1 § 204 A. 8.

Hölder*) und Kipp**) treten dagegen entschieden für die Ungleichartigkeit ein. Kipp meint, es entspreche nicht der konstruktionellen Auffassung des BGB., bei dem Vorliegen eines dinglichen Anspruchs anzunehmen, daß durch Verletzung des dinglichen Rechts ein Schuldverhältnis zur Entstehung gelange, bei dem der Berechtigte als Gläubiger, der Verpflichtete als Schuldner zu bezeichnen sei. Der Begriff des Schuldverhältnisses sei vielmehr nicht anwendbar.

Eine scharfe Trennung zwischen persönlichen und dinglichen Ansprüchen nimmt schließlich Oertmann***) vor: Abgesehen davon, daß die Unterscheidung dem Sprachgebrauch des BGB. entspreche, komme die Verschiedenheit auch deutlich in der Begründung und Dauer der Ansprüche zum Ausdruck. Die Richtung des dinglichen Anspruchs gehe nur auf die Verwirklichung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes. —

Der Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen wird also in den verschiedensten Momenten gesehen: Ursprung, Beendigung, Zweck und Abhängigkeit des Anspruchs vom dinglichen Recht sollen einen Unterschied begründen.

Die eigene Stellungnahme kann nach dem soeben Ausgeführten nicht mehr zweifelhaft sein. Besonders da nach der hier vertretenen Ansicht die unmittelbare Sachbeherrschung den Zweck des dinglichen Rechts ausmacht, wird auch das Wesen des dinglichen Anspruchs, also auch des Eigentumsherausgabeanspruchs, in diesem Sinne beeinflußt. Das bedeutet, daß die Verwirklichung des dem Recht entsprechenden Zustandes für den aus diesem Recht fließenden Anspruch wesentlich, zum mindesten aber sein Zweck ist. Neben anderen Merkmalen muß ganz besonders die Verschiedenheit des Eigentumsherausgabeanspruchs von persönlichen Ansprüchen in der Dauer zu Tage treten. Denn wenn die Herstellung eines bestimmten Zustandes von dem durch die Klage Belangten nicht mehr möglich ist, kann der Anspruch gegen ihn nicht mehr geltend gemacht werden. Der bezweckte Erfolg kann wenigstens von dieser Person nicht erreicht werden.

Die Gegenüberstellung zeigt damit: Der schuldrechtliche Anspruch kann gegen dieselbe Person weiter bestehen, wird es sogar in den meisten Fällen, auch wenn die ursprüngliche Leistung nicht mehr erbracht werden kann. Anders in der Regel der Eigentumsherausgabeanspruch. Das leuchtet besonders ein, wenn man mit der herrschenden Lehre in der Vorschrift des § 986 eine Einrede erblickt, nicht etwa ein Vorbringen, das den Anspruch des Eigentümers völlig ausschließt. Der Besitz der Sache durch einen Dritten ist demnach nur ein vorübergehender Zustand, der eine Wiedervereinigung der Sache mit dem Berechtigten verlangt. ****) Die Besonderheit des Eigentumsanspruchs im Ursprung beeinflußt auch die weitere Entwickelung des Anspruchs und stellt insofern schon rein begrifflich die Anwendung von Schuldrechtsnormen in Frage, die auf anderen Gedankengängen beruhen. Es darf nicht vergessen werden, daß der Eigentumsanspruch die un-

*) Komm. § 221 N. 1, Anspruch S. 56 ff.
**) Kipp zu Windscheid II S. 9.
***) Komm. III c vor § 241; Arch. Ziv. Pr. 113, 64; Art. Schuld im Handw. d. R.
****) Planck-Brodmann zu § 985.

mittelbare Sachherrschaft dem Eigentümer ermöglichen soll. Selbst bei der freieren Auffassung des Eigentums als Ausnutzendürfen kann der Zweck des Eigentums nur in dieser Weise bestimmt werden.

Auch heute hat demnach das Wort Iherings*) eine gewisse Berechtigung: „Die rei vindicatio folgt lediglich der Sache, wohin sie gelangt, und begehrt nichts von ihr, als was sie selber ohne vermittelnde Tätigkeit des Beklagten zu gewähren vermag, die Sache haftet, die Sache leistet, die Person des Beklagten hat nur die Bedeutung, daß sie zwischen dem Kläger und dem Objekt seines Anspruchs in der Mitte steht und darum durch den Prozeß erst hinweggeschoben werden muß." Vollgültig ist dieser Satz nicht mehr; er war es schon zur Zeit des Gemeinen Rechts nicht. Eine gewisse Berechtigung hat er aber heute noch.

4. Abschnitt.

Die Lösung.

1.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß in der die Frage des eintretenden Ersatzwertes beim Eigentumsanspruch behandelnden Literatur diejenigen Schriftsteller, die eine Anwendungsmöglichkeit bejahen, gewöhnlich Einschränkungen irgendwelcher Art machen.

So werden gewöhnlich die Fälle, in denen die Sache nach Veräußerung durch den Besitzer unauffindbar ist oder sich zersplittert hat, von den Fällen geschieden, in denen die Sache sich noch bei einem Nachmann des durch die Klage belangten Besitzers befindet. Daß dieser Unterschied vom Reichsgericht gemacht wird, ist natürlich, da das Reichsgericht nur über den einen ihm vorliegenden, eng umgrenzten Tatbestand zu befinden hat, nicht aber die ganze Rechtsfrage aufrollen will. Bei einer grundsätzlichen Behandlung muß aber die Scheidung zwischen auffindbaren und nicht auffindbaren Sachen wegfallen, wenigstens bei einer rein begrifflichen Prüfung. Denn diese Unterscheidung ist für die grundsätzliche Betrachtung belanglos; einen Rechtssatz, der die Herausgabe einer unauffindbaren Sache anders regelt als die einer auffindbaren, gibt es nicht. Wenn auch die Frage der Anwendung des § 281 meistenteils nur bei unauffindbaren Sachen dem Eigentümer wertvoll sein wird, kann doch die theoretisch-rechtliche Betrachtungsweise sich nur entscheiden: entweder bekommt der Eigentümer den Ersatz in jedem Fall oder garnicht. Nur besondere Billigkeitserwägungen könnten diese Zweiteilung rechtfertigen.

Es findet sich eine weitere Scheidung, je nachdem der Besitzer die Sache mit oder ohne Gewinn veräußert hat (Vgl. OLG. Hamburg). Diese Fragestellung ist aber nur möglich, wenn die Anwendung des § 281 bejaht wird. Die Lösung richtet sich dann nach der Auslegung

*) Geist, S. 187.

der Vorschrift des § 281. Dölle*) will dem Eigentümer den Anspruch auf Ersatz nur dann zubilligen, wenn dieser die Verfügung des Verpflichteten genehmigt. Plath**) glaubt die Anwendung versagen zu müssen, wenn der Eigentümer durch die Ersatzherausgabe ungerechtfertigt bereichert werde oder die Ersatzherausgabe für den Besitzer zur Schadensersatzpflicht werde. Werner***) lehnt die Ergänzung der Eigentumsansprüche durch den § 281 zwar in den Fällen des Besitzverlustes durch den Gegner ab, befürwortet sie aber dann, wenn dem Besitzer die Herausgabe der Sache „unmöglich" ist. Alle diese mannigfachen Unterscheidungen scheinen uns für die begriffliche Lösung ausscheiden zu müssen, da sie einmal im Gesetz keine Stütze finden, andererseits nicht folgerichtig sind. Daß diejenigen Schriftsteller, die für die Anwendung des § 281 eintreten, diese grundsätzliche Auffassung sofort mit Einschränkungen versehen, ist immerhin merkwürdig.

II.

Wir haben gesehen, daß die Vorschrift des § 281 auf dem Gedanken beruht, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis auch nach Erlöschen der Primärleistung weiter besteht, inhaltlich aber auf eine andere Leistung gerichtet ist. Zur Erörterung stehen die Fälle, in denen der vom Eigentümer belangte Gegner die Sache des Eigentümers bereits veräußert und dadurch einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat. Will der Eigentümer mit dem Eigentumsanspruch gegen den ehemaligen Besitzer vorgehen, verlangt er mit diesem Anspruch, der nach dem Wortlaut des § 985 auf die Sache gerichtet ist, inhaltlich etwas anderes als ihm der Anspruch nach § 985 ursprünglich gewährt. Der Eigentumsanspruch müßte also wie der in § 281 gewährte Anspruch fähig sein, seine Richtung inhaltlich zu ändern, wenn man eine Anwendung des § 281 auf ihn rechtfertigen wollte.

Zunächst sei nur der Fall des gutgläubigen Besitzers in Betracht gezogen. (Im folgenden wird unter der Bezeichnung des bösgläubigen Besitzers der Prozeßbesitzer einbegriffen).

Gegen den gutgläubigen Besitzer gewährt das Gesetz dem Eigentümer hauptsächlich den Anspruch aus § 985, während die §§ 987 ff. mit Ausnahme der §§ 988 und 993 sich auf den bösgläubigen Besitzer beziehen. Die Gegenüberstellung der beiden behandelten Ansprüche zeigt, daß im Fall des gutgläubigen Besitzers eine Erstreckung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers nicht möglich ist. Der Zweck des Eigentumsanspruchs ist, wie festgestellt, der, dem Eigentümer die sich aus dem Eigentumsrecht ergebende unmittelbare Sachherrschaft zu ermöglichen. Die Zweckbestimmung beeinflußt namentlich die Dauer des Herausgabeanspruchs. Der Eigentümer kann

*) a. a. O. S. 29.
**) a. a. O. S. 94.
***) Werner a. a. O.

die Sache vom Besitzer herausverlangen. Er hat diesen Anspruch, solange der Beklagte die Sache in der Hand hat. Gibt dieser sie weg, so kann jedenfalls von diesem Besitzer nicht mehr die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangt werden. Denn dazu ist er nicht in der Lage. Gegen ihn erlischt also der Anspruch des Eigentümers. Das stellvertretende commodum kann nicht Anspruchsvoraussetzung sein, da der Zweck des Eigentumsanspruchs unmittelbare Sachbeherrschung ist. Dieser Zweck wird aber durch Gewährung eines Ersatzanspruchs nicht erreicht. Umwandlungsfähig ist der Anspruch aus § 985 sonach nicht. Das setzt aber der Grundgedanke des § 281 voraus.

Plath*) meint allerdings, es könne nur darauf ankommen, daß „nach Untergang des dinglichen Anspruchs das Eigentumsverhältnis gegen den bisherigen Besitzer fortbestehen" könne. Auch beim redlichen Besitzer sei ein Weiterbestehen begrifflich denkbar. Da auch der gutgläubige Besitzer die Sache nach § 985 herausgeben müsse, sei er auch verpflichtet, den Erlös herauszugeben, der wirtschaftlich an die Stelle der Sache trete. Diese Auffassung widerspricht den Vorschriften der §§ 987 ff. Vor Rechtshängigkeit besteht danach kein persönlicher Anspruch gegen den gutgläubigen Besitzer.**) Nur der rein dingliche Anspruch des § 985 richtet sich gegen ihn. Daß er aber den Ersatz herausgeben müsse, weil er wirtschaftlich an Stelle der Sache trete, ist nicht einzusehen; denn das Surrogationsprinzip hat das BGB. grundsätzlich nicht angenommen, sondern nur in einzelnen Fällen, wie z. B. für Sondervermögen, Gesellschaftsvermögen, Frauenvermögen, Kindesvermögen und Nachlaß positiv angeordnet.

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist aber folgender: Dieselben Gründe, die eine Umwandlung des Eigentumsanspruchs nicht zulassen, lassen die Anwendung des § 281 auch als Verstoß gegen das Wesen des Eigentumsanspruchs erscheinen. Da der Eigentumsanspruch nur die Verwirklichung des dem Eigentumsrecht entsprechenden Zustandes bezweckt, muß ihm auch die Haftung des Vermögens des Verpflichteten fremd sein. Denn durch Inanspruchnahme des gegnerischen Vermögens kann niemals der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werden, bei dem die Sache in der Hand des Eigentümers ist. „Die Sache haftet".***) Durch Anwendung des § 281 würde aber auf das Vermögen des Besitzers zurückgegriffen werden. Denn der Erlös für die Sache ist auch dann in das Eigentum des Besitzers gelangt, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen war, der Erwerber also auch trotz guten Glaubens das Eigentum daran nicht erlangen konnte.

Schwieriger ist die Frage im Falle des bösgläubigen Besitzers. Denn eine Vermögenshaftung ist hier in den §§ 987 ff. gegeben, sodaß der letzterwähnte Gesichtspunkt nicht ohne weiteres durchdringen kann. Hier kann man von vorneherein auch nicht davon sprechen, die Eigentumsklage sei keiner Umwandlung fähig. Wenigstens müßte

*) a. a. O. S. 93.
**) Ebenso RG, Band 115 S. 31.
***) Ebenso Oertmann, Arch. Ziv. Pr. Bd. 113 S. 64.

nachgewiesen werden, daß die §§ 987 ff. dem nicht widersprechen. Denn auf Grund dieser Vorschriften kann der Eigentümer gegebenenfalls Schadensersatz verlangen, der Besitzer ist verpflichtet, gezogene Früchte und Nutzungen herauszugeben. Da § 985 sich aber auf die Sache richtet, da weiter die §§ 987 ff. Eigentum auf Seiten des Klägers zur Voraussetzung haben, scheint es außerdem auf den ersten Blick, daß eine Umwandlung des Anspruchs möglich sei.

Es erhellt, daß die Entscheidung von der Auffassung des Verhältnisses der §§ 987 ff. zu § 985 abhängt. Bei der Auffassung, daß die in den §§ 987 ff. gegebenen Ansprüche aus einem neben dem Eigentum stehenden gesetzlichen Schuldverhältnis entstehen und somit bloße „Zutaten" sind, sogenannte „Zustandsobligationen",*) kann folgerichtig von einer Umwandlung des Eigentumsherausgabeanspruchs nicht gesprochen werden. Das stellvertretende commodum kann schwerlich Anspruchsvoraussetzung sein. Wer dagegen die aus den §§ 985 ff. fließenden Ansprüche als dingliche Eigentumsansprüche auffaßt, der wird zu der Auffassung gelangen, daß der Anspruch des Eigentümers durchaus zunächst auf die Sache gerichtet sein kann, aber die Fähigkeit besitzt, seine Richtung auf andere Gegenstände zu ändern.

So meint Fuchs:**) „Ob der Anspruch dinglich oder persönlich ist, richtet sich danach, ob er aus dinglichem oder persönlichem Recht geltend gemacht und ob eine dingliche Haftung des Grundstücks erstrebt wird, nicht aber danach, ob eine Natural- (Individual-) leistung oder eine Geldleistung verlangt wird. Die in den §§ 987 ff. geregelten Ansprüche des Eigentümers stützen sich nur auf das dingliche Rechtsverhältnis, in dem er zum Besitzer steht. Sie verlieren ihren dinglichen Charakter nicht dadurch, daß sie auf Geld (Schadensersatz, Bereicherung) gehen. Denn sonst müßte der Anspruch des Reallastberechtigten auf die einzelne Geldrente immer persönlich, nie dinglich sein . . . Die Richtung des dinglichen Anspruchs auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 992) oder Bereicherung (§ 988) erweitert oder schmächt den Umfang (Betrag) des Anspruches des dinglich Berechtigten, ändert aber den Rechtsgrund des Anspruches nicht, nimmt ihm seine dingliche Natur nicht."

Nach der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des dinglichen Anspruchs müssen aber die in den §§ 985 ff. gegebenen Ansprüche in zwei Gruppen geteilt werden. Ohne weiteres erweisen sich als obligatorische Ansprüche diejenigen, die auf Schadensersatz gerichtet sind. Denn diese haben keine reine unbeeinflußte Grundlage im Sachenrecht; sie richten sich nicht auf Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes als solchen. Ebenso müssen die Ansprüche auf Herausgabe von Früchten gegen den gutgläubigen Besitzer behandelt werden. Denn sie werden nicht auf Grund des Eigentums herausverlangt, da Eigentümer der gutgläubige Besitzer nach § 955 geworden ist.***) Die Ansprüche gegen den bösgläubigen Besitzer auf

*) Cosack §§ 20, 172 V; Motive III S. 332; von Thur a. a. O. S. 245 ff. Oertmann, Arch. Ziv. Pr. Band 113 S 64..

**) a. a. O. S. 28 ff.

***) Ebenso Planck-Brodmann zu § 993; a. M. Wolff a. a. O. § 85 I 1 b.

Herausgabe der gezogenen und noch vorhandenen natürlichen Sachfrüchte fallen dagegen unter § 985. Der unredliche Besitzer erlangt nach den §§ 953 ff. kein Eigentum daran.

Die Ansprüche aus den §§ 985 und 1004 sind aber wesentlich anders geartet und haben eine andere innere Tendenz, da sie einen durch den Eingriff eines Dritten verletzten Zustand wiederherstellen wollen, während bei obligatorischen Ansprüchen in der Regel ein Gegenstand aus einem Vermögen in ein fremdes überführt wird. Demgemäß scheiden auch die Motive*) die Ansprüche aus dinglichen Rechten in rein dingliche und obligatorische, die auf dinglicher Grundlage beruhen. So soll der dem Eigentümer im § 985 gegebene Anspruch ein rein dinglicher sein, alle anderen auf Früchte, Nutzungen, Bereicherung und Schadensersatz gerichteten Ansprüche sollen obligatorischer Natur sein, wenn deren Grundlage auch das Eigentumsrecht ist.

Wer den Zweck oder den Inhalt des Eigentumsherausgabeanspruchs in der Verwirklichung des dem Rechte entsprechenden Zustandes sieht, kann rein dinglich nur die Ansprüche nennen, die die Herstellung dieses Zustandes bezwecken. Bei dieser Betrachtungsweise können die in den §§ 987 ff. gegebenen Ansprüche nicht als dingliche aufgefaßt werden. Als Rechtsgrund dieser Ansprüche muß demgemäß ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis angenommen werden. Dafür spricht auch, worauf Stälin**) aufmerksam macht, daß bei Ansprüchen, die nicht nur zur Leistung der Sache selbst verpflichten, ein besonderer Umstand, ein persönliches Verhalten zur Verwirklichung des Anspruchs hinzutreten muß. So erfordern die Vorschriften der §§ 988 und 993 den Eintritt einer ungerechtfertigten Bereicherung. Im § 989 wird Verschulden des Besitzers vorausgesetzt. Diese Umstände sind auch sonst geeignet, ein Schuldverhältnis ins Leben zu rufen. Dabei wird nicht übersehen, daß diese Ansprüche das Eigentumsrecht als Grundlage haben, also im Zusammenhang mit dem Eigentumsrecht stehen. Sie stehen in demselben Verhältnis wie die Zustandsobligationen beim Nießbrauch und beim Pfandrecht. Man kann deshalb ruhig Wolff folgen und sie „Eigentumsansprüche" nennen.***) Man darf aber nicht vergessen, daß diese „Eigentumsansprüche" nicht dinglich sind.

Dafür, daß die Schadensersatzansprüche bei der Eigentumsklage nicht dinglich und von dem dinglichen Herausgabeanspruch zu scheiden sind, spricht auch die Regelung der Eigentumsstörungsklage. Hier ist keine besondere Bestimmung über die Schadensersatzansprüche wie bei der vindicatio getroffen worden. Die negatoria geht auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen des Eigentümers. Die hierin liegende Wiederherstellungspflicht ist aber von einer Verpflichtung zur Schadensersatzleistung zu scheiden, da sie nicht deren Zwecke verfolgt. Da die Eigentumsstörungsklage auch keine völlige Verletzung des Eigentums durch Entziehung des

*) Motive III S. 332; ebenso v Tuhr a. a. O. S. 245 ff.
**) Stälin a. a. O.
***) a. a. O. § 85 III 2.

des Besitzes voraussetzt, war nach Ansicht der Motive*) „über alle weiteren Folgen der partiellen Eigentumsverletzung im Gesetz zu schweigen". Daraus folgt, daß eine Begründung der Schadensersatzansprüche aus der erfolgten Beeinträchtigung des Eigentums nur in einem besonderen Verpflichtungsgrund, besonders in einer unerlaubten Handlung, zu suchen ist.**) In diesem Fall ist es daher auch unbestritten, daß die Schadensersatzansprüche von dem Anspruch auf Beseitigung und auf Unterlassung der Störung durchaus verschieden sind.

Demnach ist auch die Betrachtungsweise von Bunsen***) abzulehnen, der meint: „Der Anspruch ist aktiv dinglich, passiv persönlich, indem der Besitzer nicht nur als Besitzer, sondern mit seinem Vermögen haftet." Daß dieser Anspruch passiv persönlich ist, soll nicht bestritten werden. Es steht aber u. E. mit Bunsens eigener Auffassung im Widerspruch, ihn als aktiv dinglich zu bezeichnen. Denn Bunsen sagt im Einklang mit der obigen Ausführung: Der Anspruch auf Herausgabe der Sache „ist insoweit rein dinglicher Natur, sein Grund ist das Eigentum, seine Richtung hat er gegen den Besitzer. Die Person des Besitzers haftet nur mit dem Besitze und nur, solange dieser Besitz besteht". Auch Bunsen lehnt also eine Vermögenshaftung des Besitzers für den Fall des § 985 ab. Der Rechtsgrund der in den §§ 987 ff. gegebenen Ansprüche kann demnach nicht das Eigentum des Klägers, sondern nur ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis sein. Die Ansprüche können deshalb auch nicht aktiv dinglich sein. Aus dem Wesen des Eigentumsanspruchs lassen sich diese persönlichen Ansprüche nicht erklären. Sie sind durch das Gesetz selbst gegeben.****)

Grundsätzlich muß daher auch für den Fall des bösgläubigen Besitzers angenommen werden, daß von einer Umwandlungsfähigkeit oder Umwandlungsmöglichkeit des Eigentumsanspruchs nicht die Rede sein kann. Die Dauer des Eigentumsanspruchs ist durch seinen Zweck begrenzt. Mit der Erreichung des Zweckes erlischt er. Die persönlichen Ansprüche sind „Zutaten" obligatorischer Natur.†) Eine Anwendung des § 281 auf § 985 ist auch in diesem Falle ausgeschlossen.

Es würde allerdings nicht unbillig sein, den bösgläubigen Besitzer auf den Ersatz haftbar zu machen. Denn er haftet ja ohne weiteres mit seinem gesamten Vermögen gemäß den §§ 987 ff. Aber gerade da diese Vorschriften gegeben sind, ist eine Ergänzung durch § 281 nicht mehr notwendig. Dem Eigentümer wird in der Regel mit einem Schadensersatzanspruch geholfen sein.

*) Mot. III S. 425, 427.

**) Planck-Brodmann 4 und 8 zu § 1004; Wolff § 87 1; Staudinger 6 zu § 1004; Mot. a. a. O.

***) Der Schutz des Eigentums S. 451.

****) Dasselbe meint wohl auch Crome II S. 415, wenn er die dem dinglichen Recht entspringenden Schuldverhältnisse als „Annexe" des dinglichen Rechts bezeichnet. Ebenso Oertmann III c vor § 241; Hellwig, Anspruch S. 30, ff.

†) Oertmann Arch. Ziv. Pr. 113, 64; vgl. auch Windscheid-Kipp § 64 I A, 3a: Eine Verwandlung eines dinglichen Rechts in ein obligatorisches ist bei voller Erhaltung des dinglichen Rechts nicht denkbar.

III.

Die vorgehenden Erwägungen beruhen nun alle auf der Anschauung, daß das Wesen des dinglichen Rechts unmittelbare Sachherrschaft bezwecke. Da neuerdings, wie schon erwähnt, diese Auffassung stark angegriffen worden ist, sollen noch einige andere Gesichtspunkte zur Stützung der hier vertretenen Ansicht herangezogen werden.

Der Fall, der der Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde liegt, gibt zu folgender Erwägung Anlaß: Nach dem damals gegebenen Sachverhalt war die betreffende Sache durch die Hände mehrerer Besitzer gegangen und schließlich bei den Verbrauchern zersplittert oder untergegangen. Gerade an diesem Fall, den die meisten bejahenden Ansichten herbeiziehen, zeigt sich die Unmöglichkeit der Anwendung des § 281 auf die Eigentumsklage. Es ist niemals bestritten worden, daß die Eigentumsklage mangels Aktivlegitimation erlischt, wenn der Eigentümer sein Eigentum an der Sache verliert. Der § 985 setzt auf Seiten des Klägers Eigentum voraus. Ebenso liegt es, wenn die Sache zerstört wird. Denn das Eigentumsrecht findet nach Zerstörung der Sache keinen Gegenstand, an dem es sich entfalten kann. Deshalb kann die zum Schutz dieses Eigentumsrechts dienende Klage keinen Erfolg haben.

Ist es aber in dem angezogenen Fall anders? Wenn die Sache in den Händen einzelner Verbraucher zersplittert oder nicht mehr auffindbar ist, welch eine Veranlassung besteht, diesen Fall anders als den völliger Sachzerstörung zu behandeln. Denn praktisch ist der Eigentümer in beiden Fällen in derselben Lage: Ein Recht an der Sache kann er nicht mehr ausüben, da die Sache nicht mehr vorhanden ist. Es erscheint daher nicht angängig, dem Eigentümer einmal den Schutz zu versagen, das andere Mal aber den § 281 auf den § 985 anzuwenden und ihm so ein Mittel zur Befriedigung zu verschaffen.

War die Sache aber noch auffindbar, dann hätte der Eigentümer zwei Ansprüche in der Hand, wenn man die Erstreckung des § 281 auf die Eigentumsklage gutheißen würde: Einmal den Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder auf Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den früheren Besitzer und den Anspruch auf Herausgabe der — abhanden gekommenen oder bösgläubig erworbenen — Sache gegen den jetzt besitzenden Nachmann. Das Gesetz hat aber den Eigentümer durch die Bestimmungen der §§ 935 und 932 ff. schon hinreichend geschützt. Er hat einen Herausgabeanspruch gegen den jetzigen Besitzer. Auf Grund seines Eigentums ihm einen weiteren Anspruch mit Hilfe des § 281 zu gewähren, ist nicht möglich. Auch die Billigkeit erfordert das nicht, da er ja die Sache selbst erlangen kann. Wenn die Sache im einzelnen Fall nicht auffindbar ist, der Eigentümer also mit der Klage aus § 985 nichts erreicht, so ist das sein eigener Schade. Deswegen einen anderen zu belasten, gibt das Gesetz keinen Anhalt. Auch ist nirgends bestimmt, daß ein Unterschied zwischen auffindbaren und nicht auffindbaren Sachen zu

machen sei, etwa derart, daß dem Eigentümer im Falle der Nichtauffindbarkeit andere Ansprüche erwachsen.

Der Absatz 2 des § 281 lautet: „Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruches." Dieser Bestimmung liegt ihrem Wortlaut und Sinne nach der Gedanke zu Grunde, daß der Gläubiger nicht bereichert werden dürfe. Die konsequente Anwendung des § 281 auf die Eigentumsklage würde aber diesem Gedanken nicht entsprechen, da der Eigentümer im Falle der abhandengekommenen Sache oder des bösgläubigen Erwerbs den Erlös und die Sache verlangen könnte. Auch Haymann*) weist darauf hin, daß die Vorschrift des § 281 bei einem persönlichen Gläubiger bestimmt ist, diesen zu schützen, „weil nur er kraft seines persönlichen Forderungsrechts sich ausschließlich an den einen Schuldner halten kann, falls diesem Schuldner die Leistung unmöglich geworden, zugleich aber ihm gerade dadurch ein Surrogat erworben ist. Einen solchen Schutz hat aber der Eigentümer gegenüber dem zur Herausgabe verpflichteten Besitzer nicht nötig, weil ihm im Falle des Besitzwechsels nach der absoluten Natur des dinglichen Rechts in der Person des neuen Besitzers sofort ein neuer Herausgabeschuldner gegeben ist. Die Herausgabepflicht ist hier nicht sowohl untergegangen, als vielmehr auf andere Schultern übergegangen." Auch Dölle gibt zu,**) daß die entgegengesetzte Auffassung zu einem unmöglichen Ergebnis führe, ebenso wie es unbillig wäre, den früheren Besitzer den Ansprüchen des Eigentümers gemäß § 281 auszusetzen, obwohl der spätere Erwerber gegen ihn außerdem Ansprüche aus der Rechtsmängelhaftung geltend machen könnte.

Dölle will nun diesem Ergebnis dadurch abhelfen, daß der gemäß § 281 verantwortlich gemachte Besitzer den Erlös an den Eigentümer nur herauszugeben brauche, wenn dieser seine unberechtigte Verfügung über die Sache nachträglich genehmige. Der Vindikationsanspruch des Eigentümers erlösche dann. Ebenso sei der jetzige Besitzer auf seine Regreßansprüche nicht mehr angewiesen, da er Eigentümer der Sache geworden sei. Dölle gibt aber selbst zu, daß gegebenenfalls der redliche Besitzer im Endergebnis den Schaden tragen muß. Hat er nämlich die Sache selbst von einem Vormann, möglicherweise dem Dieb, erhalten, wird er häufig mit seinem Regreßanspruch nicht durchdringen können.

Die Praxis sträubt sich wohl hauptsächlich aus Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs gegen eine Ergänzung der §§ 985 ff. durch den § 281. Daß eine Rechtsunsicherheit tatsächlich eintritt, zeigt sich deutlich an dem Fall, daß die — abhandengekommene — Sache durch eine Kette von Besitzern geht. Zutreffend weist Walsmann***)

*) a. a. O. S. 287, 288.
**) a. a. O. S. 28.
***) Walsmann a. a. O.; ebenso Oertmann, Komm. a. a. O.

darauf hin, daß alles wieder rückgängig gemacht werden muß, sobald der letzte Besitzer die Sache zurückgibt. Besonders einen gutgläubigen Besitzer und Veräußerer würde es ungebührlich belasten, mit einem Male mit seinem Vermögen haftbar gemacht zu werden. Der Eigentümer erhält dadurch eine bedeutende Bevorzugung, daß er sich aus der Reihe der Veräußerer den heraussuchen kann, der am vermögendsten ist. Dieser könnte allerdings versuchen, sich im Regreßwege an seinem Vormann schadlos zu halten. Es würde ihm aber damit das Risiko auferlegt werden, leer auszugehen, während der Eigentümer immer dadurch geschützt ist, daß das Gesetz ihm eine Klage gegen jeden Besitzer verleiht. Die günstige Stellung, die das Gesetz dem redlichen Besitzer in den §§ 987 ff. gewährt, zeigt, daß er befugt sein soll, auf die Sache frei einzuwirken.*) Der gutgläubige Besitzer hält sich selbst für den Eigentümer. Vernachlässigt er die Sache, wird er behandelt, „quasi rem suam neglexit". Deshalb darf er auch nicht mit einem Ersatzanspruch belastet werden. Zumal bei einer gewinnlosen sofortigen Weiterveräußerung ist der Erlös nach wirtschaftlicher Auffassung kein Ersatz für die veräußerte Sache, sondern für die Aufwendungen, die der Verkäufer gemacht hat.**)

Die Unbilligkeit der bejahenden Ansicht zeigt sich auch, wenn der Besitzer bei Veräußerung der Sache einen über deren Wert hinausgehenden Erlös erzielt.***) Nach der heute wohl herrschenden Auslegung des § 281 müßte der Besitzer auch diesen dem Eigentümer herausgeben. Bei einer persönlichen Rechtsbeziehung mag die Lösung angängig sein. Bei dem Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer verstößt sie gegen das Wesen des Eigentumsrechts. Der Eigentümer soll nur in die frühere Lage zurückversetzt werden. Auch die in den §§ 987 ff. gegebenen Ansprüche wollen ihm nur insoweit Ersatz geben, als er geschädigt ist. Müßte der Besitzer auch den Erlös herausgeben, den er vielleicht durch seine persönliche Tüchtigkeit erzielt hat, so würde das unweigerlich zu einer Bereicherung des Eigentümers führen, die keine Berechtigung hat.

Andererseits ist zu berücksichtigen, worauf Plath****) hinweist, daß der — redliche — Besitzer das, was er als Ersatz schon erlangt hatte, vielleicht auf irgendwelche Weise überhaupt nicht mehr oder nur noch zum Teil in den Händen hat. Hätte er die Sache zerstört oder beschädigt, würde er nach den klaren Bestimmungen der §§ 985 ff. dem Eigentümer für den Verlust oder die Beschädigung nicht haften. Es wäre deshalb ungerechtfertigt, ihn im Fall der Veräußerung der Sache auf den vollen Ersatzwert haftbar zu machen, also über das hinaus, um das sein Vermögen noch bereichert ist. Der im § 281 gegebene Anspruch verlangt nicht nur Herausgabe dessen, was der Anspruchsgegner im Augenblicke der Geltendmachung des Anspruchs von dem erlangten Ersatz noch hat, sondern geht auf Verschaffung des Er-

*) Wolff a. a. O. § 85 II.
**) OLG. Hamburg in J. W. 1926 S. 1244.
***) Vgl. hierzu auch Walsmann a. a. O.
****) a. a. O. S. 95.

satzes oder Ersatzanspruchs, den der Besitzer ursprünglich selbst bekommen hatte. *)

Zum Schluß sei zu einer Einwendung Stellung genommen, die Schulz **) vorbringt. Schulz führt aus: Wenn die Sache abhanden gekommen war, könne der Eigentümer zwar sein Eigentumsrecht weiter geltend machen; es sei aber solchenfalls denkbar, daß die Sache nicht mehr zu ermitteln sei, daher die Verfügung des früheren Besitzers, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich unmöglich sei. Bei einer nicht abhanden gekommenen Sache werde dagegen durch einen Redlichen Eigentum erworben und der frühere Eigentümer könne von dem bisherigen Besitzer den Erlös gemäß § 816 herausverlangen. Schulz fragt nun, weshalb in dem einen Falle der Eigentümer schlechter gestellt sein solle als in dem andern. Ich frage dagegen: Wenn die Sache nicht mehr auffindbar ist, dann ist der Eigentümer tatsächlich in derselben Lage, als wenn er das Eigentum an der Sache auf irgend eine sonstige Weise verloren hätte. Weshalb soll der Eigentümer in diesem Falle mit Hilfe des § 281 geschützt werden, während er sonst keinen Anspruch aus § 985 geltend machen kann? —

Alle diese Schwierigkeiten lassen sich vermeiden, wenn man mit dem Reichsgericht (vgl. die Entscheidung im 115. Band) die Frage mit Hilfe des § 816 löst. Das Reichsgericht erblickt in ständiger Rechtsprechung in der Klage, mit der der Eigentümer vom Besitzer den Erlös verlangt, eine Genehmigung der Veräußerung des Besitzers nach § 185. Nach der Auffassung des Reichsgerichts genügt dieses Wirksamwerden, um dem Eigentümer den Anspruch aus § 816 zu verschaffen. Es ist aber nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die Auffassung des Reichsgerichts nachzuprüfen. Der Weg, dem Eigentümer den Erlös mit Hilfe des § 281 zu verschaffen, ist aber nicht gangbar.

*) Planck-Siber § 281, 3.
**) Arch. Ziv. Pr. Band 105, S. 338.

Lebenslauf.

Am 5. September 1906 wurde ich zu Charlottenburg geboren. Nachdem ich anfangs persönlichen Unterricht bei meinem Vater bekommen hatte, besuchte ich das Kaiserin Augusta Gymnasium zu Charlottenburg und bestand dort im Jahre 1925 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich an den Universitäten Marburg und Berlin Rechtswissenschaften. Das Referendarexamen bestand ich am 19. Juni 1929 am Oberlandesgericht Kassel.